«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 68, n. 107 (1 2022), pp. 369-402

Articoli e saggi

Regola ed eccezione nella patologia del provvedimento amministrativo: la dialettica tra funzione e rapporto

Dino Tarquini

Sommario: 1. La perdurante centralità della relazione fra le specie di invalidità nel diritto privato e nel diritto amministrativo. – 2. Fondamento della tendenziale regola dell'invalidità tenue e della debolezza rimediale nel diritto amministrativo in trasformazione. – 3. Razionalizzazione del regime dell'invalidità: la nullità strutturale-funzionale. – 3.1. La carenza di funzione per violazione dei principi di legalità-positiva teleologica e di legalità-negativa catecontica. – 3.2. Profili sistematici pubblicistici: la duplice prospettiva democratica e liberale. – 3.3. Profili sistematici ordinamentali. – 4. Obiezione ad obiezioni. – 4.1. Il superamento delle obiezioni sul piano sostanziale e la nullità-demolizione. – 4.2. Il superamento delle obiezioni sul piano processuale.

1. *La perdurante centralità della relazione fra le specie di invalidità nel diritto privato e nel diritto amministrativo*

Il tema della patologia degli atti giuridici assume centralità in ogni settore dell'ordinamento, in considerazione dell'attitudine del medesimo a carpire le linee essenziali del terreno oggetto di studio. La configurazione del regime giuridico di pertinenza degli atti non conformi al paradigma di riferimento, infatti, evidenzia le connotazioni più intime, squisitamente ontologiche, del ramo all'interno del quale si opera in punto di ricerca. *A fortiori*, porre congiuntamente l'attenzione sullo statuto dell'invalidità nel diritto privato e nel diritto amministrativo consente all'interprete di sviluppare una *sunkrisis* particolarmente pregnante, atteso che il confronto in parola pone in luce le analogie e, ancor più significativamente, le distonie intercorrenti fra gli strumenti dell'agire regolatorio privati-

stico e pubblicistico, e su di un piano strutturale e, con finanche maggior fecondità di studio, su di un piano funzionale[1].

La centralità sistematica dell'invalidità è, d'altronde, testimoniata dalla recente giurisprudenza del Consiglio di Stato[2], che ha ampiamente evocato il rilievo in discorso.

Non appare peregrino, allora, cimentarsi ancora su un terreno non di certo vergine, ma connotato a pieno titolo dai tratti di ciò che, in letteratura, si definirebbe un "classico", giacché «non ha mai finito di dire quel che ha da dire»[3].

Pertanto, tracciando il perimetro di studio includendovi la patologia del provvedimento amministrativo, anche in chiave discretiva con il diritto privato *tout court*[4], ed, in particolar modo, la relazione intercorrente fra le specie di invalidità, è possibile costituire una cartina di tornasole per la comprensione delle caratteristiche precipue del ramo ordinamentale, favorendo la posizione dell'accento sul sostrato valoriale di riferimento.

Di risulta, si pongono quesiti di notevole spessore teorico.

---

[1] Numerosi sono gli Autori che hanno inteso seguire tale impostazione nello studio dell'invalidità: *ex plurimis*, E. Casetta, F. Fracchia, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017, 558 ss., secondo cui, operando il confronto in parola, è possibile notare come «mentre nel diritto civile le norme sono di regola di carattere dispositivo e poche sono quelle imperative, nel diritto amministrativo le disposizioni applicabili hanno carattere cogente e imperativo, sicché l'adozione del principio civilistico – nullità "virtuale": v. in argomento Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2013, n. 4364 – avrebbe comportato una abnorme moltiplicazione dei casi di nullità; la categoria generale della violazione delle norme imperative, nel diritto amministrativo, è dunque l'annullabilità, nel senso che, salvo eccezioni – art. 21-*octies*, l. 241/1990 – l'atto contrario a norma pubblicistica è appunto annullabile, mentre nel diritto civile la nullità è la forma patologica generale dell'atto contrario a norma imperativa) o all'ordine pubblico o al buon costume, né di mancanza dei requisiti di determinatezza, determinabilità e possibilità dell'oggetto. Per altro verso, mentre la nullità nel diritto privato (ove invero la figura ha smarrito i caratteri di monoliticità originari e ha dato luogo a una pluralità di modelli di invalidità differenti tra loro) può essere considerate una forma di verifica della spendita dell'autonomia in vista di un interesse pubblico o generale, in talune delle ipotesi contemplate dalla l. 241/1990, analogamente alla "nullità di protezione", la nullità sembra essere prevista a tutela del cittadino»; F.G. Scoca et al., *Diritto amministrativo*, Torino, 2017, 313 ss.; R. Chieppa, R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011, 631 ss.; R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 373 ss.; S. Perongini, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 372 ss.; G.P. Cirillo, *Diritto civile pubblico*, Roma, 2010, 13 ss., 543 ss.; A. Plaisant, *Dal diritto civile al diritto amministrativo. Manuale*, Cagliari, 2018, 660 ss., 732 ss.

[2] Cons. Stato, ad. plen., 16 ottobre 2020, n. 22; Cons. Stato, sez. V, 23 novembre 2020, n. 7257.

[3] La nota formula si deve ad Italo Calvino. L'intellettuale così si esprime con riferimento alle opere letterarie, per l'appunto, classiche, evidenziando, peraltro, come quest'ultime persistano «come rumore di fondo anche là dove l'attualità più incompatibile fa da padrona». Sembra che queste profonde riflessioni possano attagliarsi, *mutatis mutandis*, ai grandi temi della scienza sociale giuridica, e, in seno alla stessa, all'eterno nodo dell'invalidità dell'atto giuridico. Tali considerazioni appaiono rinvigorirsi se si verte in campo giusamministrativistico, del quale il provvedimento è stato a lungo il *dominus*, e continua probabilmente ad esserlo, dato che la transizione verso la primazia del rapporto è felicemente illuminata dall'indagine sull'azione e, di risulta, sugli atti.

[4] Invero, il confronto diviene di ancor maggior interesse in relazione a tematiche usualmente ascritte al diritto commerciale, quali l'invalidità delle delibere societarie come disciplinata nel codice civile. Ne consegue il necessario ampliamento del termine di riferimento all'intero scibile del diritto privato, inteso, giustappunto, come sommatoria del diritto civile e del diritto commerciale. In proposito, *ex multis*, G.F. Campobasso, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2017, 224, 235 ss.; F. Terrusi, *Invalidità delle delibere assembleari delle S.p.a.*, Milano, 2007.

Segnatamente, mediante il presente contributo, ci si chiede se sia effettivamente rinvenibile una *intentio legis* direzionale, in virtù della quale l'invalidità amministrativa si atteggi in senso debole, acché si possa, da un lato, ricostruire il fondamento di una siffatta tendenza, e, dall'altro lato, interrogarsi su spazi profilantisi dal diritto positivo per addivenire ad una razionalizzazione del sistema della patologia del provvedimento[5].

Proprio tentando di rispondere a queste ambiziose domande sembra possibile incamminarsi sull'arduo itinerario che è chiamato a percorrere chi voglia scoprire cosa ancora ha da dire il "classico" tema dell'invalidità in un sistema in sensibile trasformazione, delineando proposte interpretative dai caratteri potenzialmente innovativi.

2. *Fondamento della tendenziale regola dell'invalidità tenue e della debolezza rimediale nel diritto amministrativo in trasformazione*[6]

Il primo obiettivo consiste nel ricostruire il rapporto regola-eccezione fra le figure patologiche, per interrogarsi sul fondamento, sulla persistente attualità e sul modo di atteggiarsi del medesimo.

A tal proposito, si nota come i concetti di nullità ed annullabilità non sono impiegati con piglio puntuale dal legislatore, bensì tendono a collocarsi in una direzione piuttosto che in un'altra nella scala policentrica dei rimedi alla patologia dell'atto[7], a servizio dei valori politici selezionati.

---

[5] A. De Siano, *Gli elementi essenziali dell'atto amministrativo*, Napoli, 2018, 201.

[6] N. Longobardi, *Il diritto amministrativo in trasformazione.*, in *Riv. Dir. Proc. Amm.*, 2017, 4.

[7] Merita di esser indagato più a fondo, in ambedue i rami, ma eminentemente nel diritto amministrativo, il rilievo, nell'ambito della tematica di cui si discorre, anche dell'azione. Difatti, il sempre maggior ruolo posseduto da quest'ultima, rispetto all'atto, singolarmente riguardato, è riscontrabile trasversalmente sia nel diritto amministrativo che nel diritto civile. Tendono ad emergere i concetti di operazione amministrativa e di operazione economica, con cui si trascende dal provvedimento e dal contratto per concentrare l'attenzione sul volto globale del comportamento programmatico del soggetto pubblico o privato. A titolo paradigmatico, possono rammentarsi taluni orientamenti ermeneutici all'uopo significativi: si pensi alla sussunzione del provvedimento all'interno della categoria giuridica della fattispecie a formazione progressiva; ovvero alla nozione di comportamento amministrativo, di origine giurisprudenziale, in forza delle pronunzie della Corte costituzionale in ordine alla natura qualitativa delle «particolari materie» *ex* art. 103 Cost. in cui il legislatore è abilitato a contemplare fattispecie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, oggi positivamente tracciata nel codice di rito; oppure ancora al carattere recessivo, su un piano sistematico, dei controlli amministrativi sugli atti, onde favorire lo scrutinio sull'azione olisticamente intesa; vieppiù, sul fronte giusprivatistico, al fenomeno del collegamento negoziale, nonché alle riverberazioni del medesimo in punto di vaglio giudiziale sulla funzione economico-individuale complessiva, in accordo con l'oramai consolidata impostazione della causa in concreto. Sul ruolo dell'operazione amministrativa si vedano D. D'Orsogna, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2005; D. D'Orsogna, *La breve carriera dell'operazione amministrativa nella dottrina italiana: dall'operazione al procedimento amministrativo*, in *Riv. Diritto e Storia*, 4, 2005. Sul ruolo dell'operazione economica nel diritto privato si vedano E. Gabrielli, *Mercato, contratto e operazione economica*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2004;

Ragionando in virtù della prospettiva per cui una medesima struttura può svolgere più funzioni, nonché, per converso, una stessa funzione può essere perseguita con differenti strutture, l'attenzione non può che soffermarsi sui quesiti di fondo che animano il presente contributo, seguendo una logica sostanzialistica. L'emancipazione dalle etichette, con la correlata focalizzazione sui singoli istituti discriminanti il regime delineato, consente all'interprete di scorgere sull'ideale *continuum* prefigurato il posizionamento, circa l'aspetto disciplinare che si intende vagliare, della figura patologica in scrutinio. Sommando e sintetizzando i plurimi profili regolamentari si ricaverà la configurazione complessiva della specie di invalidità, connotata dal proprio individuale connubio di tecniche rimediali.[8]

Senza ulteriormente indugiare sulla metodologia che si intende impiegare, è possibile passare a domandarsi perché le stesse strutture formali siano declinate in termini distinti nei due rami[9].

La risposta implica l'emersione degli interessi sostanziali sottesi alla scelta di propendere per una regola caratterizzata da una data direzione nel citato *continuum*.

E. Gabrielli, «Operazione economica» nella teoria del contratto. Studi, Milano, 2013; E. Gabrielli, *Il contratto e le sue classificazioni*, vol. I, a cura di P. Rescigno, Torino, 1999, 49; E. Gabrielli, *Il contratto e l' operazione economica. In Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2003; E. Gabrielli, *L'operazione economica nella teoria del contratto*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 2009; G. B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1968; F. Marinelli, *Diritto privato dell'economia*, Torino, 2020, 164 ss.; L. Di Donna, *Diritto privato dell'economia. Aspetti e problemi*, Torino, 2019, 167.

[8] La graduazione statutaria dell'invalidità amministrativa, in ordine alla quale il contributo vorrebbe stimolare una riflessione per favorirne una razionalizzazione, è presente nel panorama del diritto vivente. La *climax* rimediale è, difatti, strutturata nel seguente modo. Muovendo dal basso verso l'alto secondo un criterio di gravità della patologia e/o dell'entità delle conseguenze della stessa, si rinvengono: nel gradino inferiore l'irregolarità, che, a rigore, non dovrebbe figurare in questa tassonomia, poiché la difformità dal paradigma è talmente minima da non integrare una forma di invalidità; l'annullabilità sanata dal raggiungimento dello scopo, in accordo all'impostazione che rende operativo in ambito amministrativo il relativo principio di matrice processuale; l'annullabilità giurisdizionalmente sanata per carenza di interesse ai sensi dell'art. 21-*octies*, co. 2, in forza del torto sostanziale del privato e della consequenziale mancanza di un utile effetto conformativo della pronuncia del giudice amministrativo; l'annullabilità ordinaria, dalle proteiformi epifanie, in specie grazie alle "nomina agrapta" la cui violazione importa eccesso di potere; la nullità, dagli incerti confini, di cui lo studio intende fruire per tentare la razionalizzazione prefata; l'inesistenza, secondo taluno ancora configurabile nell'ipotesi di *quid facti*. In tal quadro va inserita, inoltre, l'inefficacia, che sembra esser impiegata dal legislatore delle novelle di semplificazione come categoria rimediale originaria e non derivativa, di inquadramento dogmatico dubbio, ma certamente, sul piano pratico-applicativo, possibile oggetto di accertamento giudiziale non costitutivo. Questo profilo pacifico potrebbe deporre a favore di un ripensamento della trasposizione del principio civilistico *quod nullum est nullum producit effectum* nel diritto amministrativo, ove quando si vuol sgombrare il campo in ordine al regime effettuale pare che la norma si esprima inequivocabilmente. Sul punto si rinvia ad A. Giordano, «Quod nullum est nullum producit *effectum*»*? Considerazioni sull'azione di nullità nel processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2013, 4, 1145 ss.

[9] Cercando, peraltro, di rispondere al quesito in ordine all'esistenza di una eventuale sovrapponibilità di *ratio* fra i due settori, si indaghi sui profili civilistici ove il regime dell'invalidità è ispirato all'esigenze di certezza dei rapporti giuridici. In merito all'invalidità del negozio matrimoniale si rinvia a A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2017, 413 ss.; sulla patologia degli atti degli enti si veda F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2017, 161 ss.; circa l'invalidità delle delibere sociali si faccia riferimento a A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2011, 1029 ss.; M.C. Cervale, *L'eccesso di potere come vizio della deliberazione assembleare di scioglimento di una società cooperativa*, in *Giust. civ.*, 1986, I, 2096 ss.

Stante la prospettiva dialettica fra i rami ordinamentali seguita, appare utile concentrarsi sui profili discretivi, evidenziando, innanzitutto, la collisione che si appalesa se si circoscrive l'esame al contratto ed al provvedimento. La virtualità, come rilevato, si atteggia differentemente, poiché il diritto della tradizionale amministrazione in senso oggettivo è indissolubilmente legato ad una funzionalità articolata che postula esigenze di stabilità, certezza e continuità dell'azione di cura in concreto dell'interesse pubblico specifico. Il responso giuspositivo a questa istanza è costituito da un *mixtum compositum* di strutture formali tale da servire l'opzione assiologica, risolventesi, innanzitutto, nella scissione fra la qualificazione statica dell'atto e la naturale conseguenza sul piano rimediale della stessa, cosicché all'invalidità consegua solo eventualmente, per mezzo di tecniche di tutela compresse, l'inefficacia della statuizione.

Si tratta di rimedi che presentano un *quid* di debolezza, perché scontano significativi bilanciamenti con altri valori[10].

Occorre, quindi, in primo luogo, porsi l'interrogativo della funzione che il regime di virtualità tenue, per come interpretato ed inserito nel complessivo sistema della patologia amministrativa, intenda perseguire, al lume del substrato materiale degli interessi ritenuti meritevoli di protezione per mezzo delle strutture normative in esame. In seconda battuta, potrà porsi il tema dell'eventuale necessità di correggere, su differenti piani, l'assetto delineato da un siffatto statuto.

Si riscontra, così, la capacità sintetica della dialettica sviluppata, stante il nitore valoriale della categoria dell'invalidità. Il discrimine fra i rami dell'ordinamento, eziologicamente rilevante in punto di figure patologiche, si coglie nell'esistenza inespungibile, nel diritto amministrativo, di una congerie eterogenea ed articolata di interessi squisitamente sostanziali, i quali, lungi dal poter trovare un naturale equilibrio tramite una spontanea composizione, necessitano di esser regolati per pervenire ad una interazione organica dal baricentro mobile. Si verte

[10] Così è per la tutela processuale, stante la compressione cronologica e la limitazione derivante dal principio di separazione dei poteri, che osta al sindacato sui vizi di merito. Sul principio di separazione dei poteri e sui connessi limiti al sindacato giurisdizionale amministrativo si vedano M. Delsignore, *Diritti sociali e discrezionalità tecnica: binomio imperfetto?*, in *Spazio della tecnica e spazio del potere nella tutela dei diritti sociali*, di P. Bonetti et al., Roma, 2014, 451; V. Caianiello, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Padova, 2003, 163; G. Rossi, *Giudice e processo amministrativo*, in *Riv. Dir. Proc. Amm.*, 2012, 1211 ss.; G. Rossi, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 443; M.A. Sandulli, *Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti (a prima lettura a margine di Corte cost. n. 204 del 2004)*, in *Riv. giuridica*, 2004, 1230 ss.; P. Cerbo, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo e i suoi confini*, in *Riv. Dir. Proc. Amm.*, 2017, 1 ss.; L. Maruotti, *La giurisdizione amministrativa: effettività e pienezza della tutela*, *www.giustizia-amministrativa.it* del 22 novembre 2010. Così è per la tutela dell'annullamento d'ufficio, in specie in seguito alla riforma c.d. Madia, in considerazione dei plurimi profili di cui l'amministrazione deve tener conto per procedere all'esperimento del rimedio. I limiti di cui trattasi, relativi all'autotutela decisoria, sono scandagliati da M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018; per un inquadramento generale G. Coraggio, *Autotutela. I) Diritto amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988.

sul carattere fisiologicamente multipolare[11] del dato situazionale che si presenta in sede di azione amministrativa. La complessità in parola, pertanto, renderebbe necessaria la stabilità degli atti espressione di potere, cosicché i rapporti di diritto pubblico possano essere ammantati da una tendenziale sicurezza giuridica.

Orbene, se si considera il carattere di valore-strumento dei connotati dell'invalidità del provvedimento, e si inscrive lo studio nella dialettica assunta in principio, onde sottolineare l'ambito pubblicistico in cui si opera, si profila la possibilità di porre le basi per la genesi di un concetto sintetizzante la complessità assiologica celata dietro la regola della patologia tenue amministrativa. Sembra postularsi la tutela di un ordine pubblico ideale, la cui attuazione è ritenuta non dispensabile per il conseguimento dei fini statuali[12]. Pertanto, per giungere ad una effettiva protezione di tale quadro valoriale si riconosce il ruolo dell'amministrazione, quale *medium* per la vivificazione dei principi informatori dell'ordinamento. Si riscontra ciò che la dottrina mitteleuropea aveva ben compreso, rilevando come il diritto amministrativo costituisse la concretizzazione del diritto costituzionale[13]: i diritti e le libertà aventi la massima dignità, formalmente riconosciuti all'interno delle carte fondamentali, trovano inveramento per mezzo dell'azione amministrativa. La pubblica amministrazione, quindi, emerge nella propria cifra eteroreferenziale, così rimarcando la dimensione di servizio della stessa. Con il garantire la stabilità all'azione amministrativa, conseguentemente, si punta a preservare la continua ed immediata tutela sostanziale ai valori perseguiti.

Di talché, tirando le somme, il regime di invalidità tenue del provvedimento trova fondamento in un'accezione peculiare di ordine pubblico, riguardato da una prospettiva operazionale. Sembrerebbe possibile definire tale *ubi consistam* in termini di "principio di funzionalità ordinamentale", coscienzioso della natura del diritto amministrativo in trasformazione del tempo postmoderno. Difatti, col porre in risalto la centralità della pubblica amministrazione nella catena di inveramento del sistema valoriale tracciato dall'ordinamento, si rammenta come lo Stato sia al servizio del cittadino, non già il contrario, a che si stemperi la costante contrapposizione fra autorità e libertà, pensando la seconda quale fondamen-

[11] Sulla multipolarità dell'azione amministrativa, *ex plurimis*, D.-U. Galetta, *Decisioni amministrative "multipolari" e problematiche connesse: la libertà di informazione e il diritto alla riservatezza in una prospettiva di Diritto comparato (Italia – Germania)*, in *Riv. Federalismi*, 2015, 9.

[12] G. Paoli, Z. Guido, *Ordine pubblico*, in *Enciclopedia italiana*, 1935; F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, cit., 805.

[13] M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2017, 47 ss., il quale rammenta «l'espressione di Fritz Wener» secondo cui il diritto amministrativo andrebbe inteso come «diritto costituzionale reso concreto», e l'affermazione di Otto Mayer «il diritto costituzionale passa, il diritto amministrativo resta»; S. Rose-Ackerman, P. L. Lindseth, *Comparative Administrative Law*, Edward Elgar Publishing, 2017, 60 ss., ove si discorre «on the constitutional character of administrative law» e si osserva come «the two fields», ovvero il diritto costituzionale ed il diritto amministrativo, «are, of course, intimately related, and share an overarching purpose of managing the relationship between state and citizen, with an emphasis on protection of the latter in democratic states».

to e limite della prima[14]. Lo scenario ontologicamente, e non solo formalmente, costituzionale, composto dalla *lex fundamentalis* interna ed integrato dalle fonti sovranazionali[15], plasma un coacervo di libertà, negative e positive, la cui effettiva realizzazione fonda la necessità della presenza sociale autoritativa, circoscrivendo, al contempo, quest'ultima, secondo la logica della sussidiarietà orizzontale[16].[17]

In definitiva, la regola, costituente regime ordinario, basata su uno statuto da cui emerge eminentemente l'equiparazione dell'atto invalido all'atto valido, acché sia garantita l'efficacia, va letta, lungi dal rappresentare un precipitato della supremazia dell'amministrazione, come scelta di diritto positivo, inquadrabile nel modello dello Stato sociale di diritto[18].

Questa ricostruzione si accorda con una rilettura del diritto amministrativo. Lo scenario ordinamentale mostra come siano progressivamente apparsi una serie di imperativi, posti, sopratutto, dall'economia di mercato e dalla globalizzazione, a cagione dei quali si è assistito ad una asserita recessività della regolazione. Difatti, sull'onda di fenomeni quali la liberalizzazione e la semplificazione, si è registrata una drastica riduzione dello spazio di operatività del diritto amministrativo tradizionale, con contestuale privazione di centralità del provvedimento[19].

---

[14] N. Longobardi, *Il diritto amministrativo in trasformazione*, cit.; S. Cassese, *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. Dir. Pubbl.*, 2004; M. Protto, *Il diritto amministrativo nel tempo postmoderno*, in *Giur. it.*, 2017, 12.

[15] A. Zito, *Il «diritto ad una buona amministratione» nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e nell'ordinamento interno*, in *Riv. it. Dir. Pubbl. Com.*, 2002; M. Macchia, *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, Milano, 2012.

[16] D. D'Alessandro, *Sussidiarietà, solidiarietà e azione amministrativa*, Milano, 2004, 70; G. Mulazzani, *La collaborazione pubblico-privato e la sussidiarietà orizzontale. Da principio a modello efficace per lo sviluppo*, Bari, 2020.

[17] Si pensi, quale paradigma di interesse sostanziale rilevante, sotto specie di vincolo teleologico, idoneo a legittimare la ricostruzione in parola, al valore, di conio unionale, dell'assetto concorrenziale del mercato. Quest'ultimo bene giuridico diviene il fondamento della funzione di regolazione dei mercati svolta dall'amministrazione, seppur all'uopo riorganizzata, postulando, sul piano aggregato macroeconomico, l'ordine pubblico economico, riverberantesi, in un'ottica micro, a vantaggio e delle imprese e dei consumatori. L'esempio ben mostra come il volto dell'amministrazione, ridisegnato dalla trasformazione ancora *in fieri*, si sposti doppiamente: da un lato, si calca, con precipitati da trarre sul terreno sistematico, la caratura funzionale dell'agire, con sempre maggiore attenzione sull'alterità degli interessi curati; dall'altro lato, emerge il rilievo superindividuale dell'azione, non solo per l'avanzare dell'impiego di atti generali, bensì anche per la maturata consapevolezza dei consistenti risvolti trascendenti la concretezza della singola vicenda delle puntuali decisioni provvedimentali. Si veda A. Lucarelli, *Le radici dell'Unione europea tra ordoliberalismo e diritto pubblico dell'economia*, in *Rass. online Dir. Pubbl. Europeo*, 26 novembre 2019, speciale 1.

[18] M. Trimarchi, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, 2013, 253 ss.; F. Ledda, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri (1987)*, in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 251; G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2010, 302.

[19] R. Giovagnoli, *Liberalizzazioni, semplificazioni ed effettività della tutela*, relazione tenuta al Convegno di studi in occasione dell'assegnazione del Premio Sorrentino 2012, Roma, Palazzo Spada, 12 giugno 2012; W. Giulietti, *Attività privata e potere amministrativo. Il modello della dichiarazione di inizio attività*, Torino, 2008; W. Giulietti, N. Paolantonio, *La segnalazione certificata di inizio attività*, in *Codice dell'azione amministrazione*, di M.A. Sandulli, Milano, 2017, 902 ss.; W. Giulietti, N. Paolantonio, *La concentrazione dei regimi amministrativi art 19 bis*, in, di M.A. Sandulli, Milano, 2017, 955 ss.; A. Bartolini et al., *Silenzio assenso*, in *Codice*

A fronte di un impatto quantitativo, tuttavia, va riconosciuto come il ruolo dell'amministrazione si sia sublimato, atteso che il suo intervento diviene indefettibile non già per la risoluzione di casi facili, bensì, per converso, per la cura di valori dal rilievo costituzionale, con il conseguente corredo di attribuzione di significativi spazi di discrezionalità[20]. Si potrebbe affermare che la legittimazione del potere si rinviene nella presenza, nella vicenda astrattamente contemplata dalla norma attributiva dello stesso, di interessi fondamentali, cosicché, stante il perspicuo presupposto che nessun diritto può divenire tiranno a danno degli altri[21], il ruolo del soggetto amministratore si apprezza sul delicato piano del bilanciamento assiologico fra confliggenti istanze. Sono i casi difficili a fondare la necessità di una ponderazione qualificata, scrutinabile dal giudice amministrativo secondo la tecnica di sindacato che più profondamente lo connota quale garante dell'effettività della tutela, ovvero l'eccesso di potere[22].

Quest'ultima figura andrebbe, in un tal contesto, riscoperta e perfezionata, nell'ottica della costruzione di un sistema di *checks and balances*[23].[24]

3. *Razionalizzazione del regime dell'invalidità: la nullità strutturale-funzionale*

Ciò nondimeno, va riconosciuto come le figure patologiche del diritto amministrativo in trasformazione profilino sfide ulteriori. La dialettica fra interesse pubblico e posizioni giuridiche del cittadino, nel prisma della validità, sol-

dell'azione amministrativa e delle responsabilità, Roma, 2010, 485 ss.; A. Travi, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, 2016, *www.giustamm.it*.

[20] N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, 201 ss.; H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, Torino, 2002, 148-149; N. Maccormick, *Legal Reasoning and Legal Theory, 1978, trad. it Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Torino, 2001, 227 ss.

[21] Di vivo interesse sul punto: Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85; Corte cost., 23 marzo 2018, n. 58.

[22] S. Torricelli, *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità*, Torino, 2018; A. Cauduro, *Eccesso di potere e abuso del diritto nella pubblica amministrazione*, Napoli, 2018; S. Civitarese Matteucci, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal- democratico*, in *Dir. Pubbl.* 2009, 3, 739 ss.; R. Alessi, *Intorno ai concetti di causa giuridica illegittimità eccesso di potere*, in *Scritti minori*, Milano, 1981; F. Benvenuti, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, I, 1950; S. Cognetti, E. Cardi, *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. V, Torino, 1999; A. Codacci Pisanelli, *L'eccesso di potere nel contezioso amministrativo*, in *Giur. it.*, 1892, III; A. Cauduro, *Eccesso di potere e abuso del diritto nella pubblica amministrazione*, cit.; M.C. Cervale, *L'eccesso di potere come vizio della deliberazione assembleare di scioglimento di una società cooperativa*, cit.

[23] E. Codini, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale*, Napoli, 2008; L. R. Perfetti, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Riv. Dir. Amm.*, 2013, 3, 309 ss.

[24] Le considerazioni svolte sul fondamento del potere nell'ottica di un'amministrazione costituzionalmente orientata trovano conferma nel contesto dell'emergenza epidemiologica, ove certamente l'autoritatività si è riscoperta, pur essendo presenti profili problematici evidenziati nel dibattito su cui occorre interrogarsi, in funzione della cura di interessi di rango particolarmente elevato, i quali senza l'imperio al servizio della comunità avrebbero potuto e potrebbero cadere sotto la scure dell'incertezza radicale che il sociologo Ulrich Beck ha ritenuto propria della società globale del rischio. Sul tema, più ampiamente, si rinvia a F.S. Marini, G. Scaccia, *Emergenza covid-19 e ordinamento costituzionale*, Torino, 2020.

leva l'interrogativo circa i limiti che la regola, così come ricostruitasi, fondata sul principio di funzionalità ordinamentale, debba scontare.

L'individuazione di una regola e del suo fondamento assiologico non esonera dallo scrutinio rigoroso delle limitazioni che la medesima può subire, ai fini di un bilanciamento fra le molteplici istanze promananti dall'elastico modello di Stato sociale di diritto[25]. Virando in tale direzione, il vaglio deve concentrarsi sulla nullità.

L'esame del diritto positivo in quest'ultimo ambito si scontra con il già ricordato dominante orientamento giurisprudenziale che marginalizza tale figura patologica, relegandola negli angusti spazi della tassatività[26].

Tuttavia, la funzionalità ordinamentale propria dell'attività amministrativa, se esige la realizzazione immediata dell'interesse pubblico curato, reclama pure spazi di tutela maggiormente ampi, a fronte di atti che nel perseguire fini sempre più spesso di rango superprimario si pongano in contrasto con il paradigma normativo. La debolezza rimediale dello statuto dell'invalidità tenue del provvedimento, pertanto, necessita di una razionalizzazione[27].

3.1. *La carenza di funzione per violazione dei principi di legalità–positiva teleologica e di legalità–negativa catecontica*

Il punto di partenza per comprendere la meritorietà di una proposta esegetica che punti al bilanciamento di tutti gli interessi in gioco, accantonando dogmi apodittici, è rappresentato da quanto sostenuto circa la nuova legittimazione del potere amministrativo, il quale trova la sua *ratio essendi* nel carattere fondamentale degli interessi oggetto di cura in concreto. Difatti, la nobilitazione già descritta del diritto amministrativo, valorizzato quale concretizzazione dei principi costituzionali ed europei che plasmano l'ordinamento, depone in un duplice senso[28].

---

[25] S. Perongini, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, cit.; 384, secondo cui «l'esistenza di diritti inviolabili comportò la configurazione di stati patologici idonei a recidere l'efficacia del provvedimento viziato. La figura idonea a tale scopo divenne quella della nullità, la quale, generalmente, ricorre quanto il provvedimento è privo dei suoi elementi essenziali».

[26] *Ex multis*, E. Casetta, F. Fracchia, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 558 ss.; M.S. Giannini, *Atto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano, 1959, 183 ss.; F.G. Scoca et al., *Diritto amministrativo*, cit., 322 ss.; A. Plaisant, *Dal diritto civile al diritto amministrativo. Manuale*, cit., 732 ss., il quale parla di una parziale incisione sulla virtualità dell'annullabilità.

[27] A. De Siano, *Gli elementi essenziali dell'atto amministrativo*, cit., 277.

[28] J.B. Auby, *La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif*, A.J.D.A, 2001, 912 ss.; più recente J. B. Auby, *Le droit administratif francais vu du vu droit comparé*, A.J.D.A, 2013, 407 ss.; E. Follieri et al., *Il diritto amministrativo in trasformazione: Per approfondire*, a cura di N. Longobardi, Torino, 2016, 1 ss.

Da un lato, il principio di funzionalità ordinamentale rafforza il vincolo finalistico *ope legis* preselezionato[29]. A ben vedere, la peculiarità di rango degli interessi fonda il *favor*, come previamente sostenuto, per un regime tenue dell'invalidità, così da non spezzare con i mezzi tecnico-giuridici rimediali il cruciale circuito della democrazia, pena la frustrazione dell'aspirazione dell'ordinamento giuridico alla concretizzazione delle scelte valoriali effettuate, anche in considerazione della pluralità dei committenti dell'amministrazione, la quale pone in luce il carattere multipolare[30] dell'arena collettiva in cui si opera[31].

Si eleva il volume, così, della nota del principio di legalità che risuona in chiave positiva e teleologica[32].

D'altro canto, nondimeno, il medesimo principio di funzionalità ordinamentale si muove in una direzione ampliativa di una differente nota della legalità, qui declinata in chiave negativa e catecontica[33], atteso il carattere inibitorio del precetto che ne integra il contenuto[34].

È evidente, difatti, che la delicatezza dell'agire strategico, estrinsecantesi nella ponderazione compositiva di conflitti circa i richiamati casi difficili[35], importa il parallelo riconoscimento di guarentigie a protezione dei privati protagonisti di un siffatto rapporto amministrativo complesso. Pertanto, il crescere dell'importanza dei valori affidati all'amministrazione non solo impone la conservazione della fluidità del percorso realizzativo degli scopi, bensì consiglia anche un potenziamento delle garanzie del cittadino, poiché le sue pretese fondamentali entrano nella sensibile dialettica di apprezzamento assiologico.

---

[29] N. Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001; F. Merusi, *I sentieri interrotti della legalità*, in *Quaderni cost.*, 2006, 276; G. Morbidelli, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Riv. Dir. Amm.*, 2007, 703 ss.; F.G. Scoca et al., *Diritto amministrativo*, cit., 193; S. Cassese, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2012, 12; Cort. cost., sent. 7 aprile 2011, n. 115; V. Fraticelli, *Il principio di legalità e i poteri impliciti nei settori di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti: limiti interni e limiti esterni*, in *www.giustiziainsieme.it*.

[30] M. Bombardelli, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico.*, Torino, 1996, 385, in accordo con il quale le decisioni amministrative si formano in virtù di figure dinamiche pluricentriche, interattive e relazionali, costituenti la cosiddetta coalizione decisionale. L'Autore, orbene, collega il vizio relazionale concernente il rapporto fra gli interessi in gioco all'eccesso di potere, mostrando, di risulta, al pari di quanto si vorrebbe sperimentare nel presente contributo, l'attitudine della validità del provvedimento ad intercettare la policromia dell'amministrazione in senso oggettivo.

[31] G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2020, 50 ss.; M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 208 ss.

[32] Tale impostazione concernente il principio di legalità si nutre dell'orientamento giuspubblicistico di cui si fa promotore il cosiddetto *progressive costitutionalism*. Sul punto: F. Politi, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione Repubblicana*, Torino, 2011, 13 e ss.

[33] Ivi si rinviene l'istanza sottesa all'orientamento giuspubblicistico del cosiddetto *conservative costitutionalism*. In merito *Ibidem*, 13 e ss.

[34] F. Francario, *Garanzie degli interessi protetti e della legalità dell'azione amministrativa. Saggi sulla giustizia amministrativa*, Napoli, 2019; M. Santise, *Coordinate ermeneutiche di Diritto amministrativo*, Torino, 2018, 4 ss.

[35] M. Trimarchi, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, cit., 253 ss.

Occorre domandarsi se un tale miglioramento sistemico sia o meno consentaneo con il diritto positivo.

Sul punto, sembrerebbe che la novella, oramai risalente al 2005, in ordine all'invalidità del provvedimento, innovando profondamente rispetto all'impostazione pregressa, facente perno sulla figura dell'annullabilità[36], salvi gli eccezionali casi di totale inesistenza[37], abbia tracciato un itinerario accordantesi con la trasformazione del diritto amministrativo: il dato testuale degli artt. 21-*septies* e 21-*octies* della legge generale sul procedimento, coordinati con il codice del processo amministrativo, appaiono suscettibili di una razionalizzazione riequilibratrice che si coniughi con il sistema[38].

Invero, l'anodina figura della cosiddetta nullità strutturale, basata sulla carenza degli elementi essenziali[39], non normativamente individuati, del provvedimento, colora di atipicità[40] la previsione, conferendo all'interprete margini di

[36] D. De Carolis, *L' annullabilità del provvedimento amministrativo*, Milano, 2009; D.U. Galetta, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003, R. Cavallo Perin, *La validità dell'atto amministrativo tra legge, principi e pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. Dir. Amm.*, 2017, XXV, 639 ss.

[37] B.G. Mattarella, *Il provvedimento amministrativo: struttura del provvedimento*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 2006, 1016; E. Casetta, F. Fracchia, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 523; M. D'Orsogna, *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Milano, 2004, 67; B.G. Mattarella, *La nuova legge sul procedimento amministrativo. Il provvedimento amministrativo*, in *Riv. Dir. Amm.*, 2005, 479; F. Luciani, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo. Rilevanza ed efficacia*, Torino, 2010; M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, 310; R. Caranta, *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, Milano, 1990, 5, 70, 90 ss.; G. Guarino, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, 230; D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, III 2005, 457; B. Cavallo, *Provvedimenti e atti amministrativi.*, vol. III, a cura di G. Santiello, Padova, 1993 298-300; V. Cerulli Irelli, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Milano, 2006, 474; S. Lariccia, *Diritto amministrativo*, Padova, 2000, 471; P. Virga, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972, 413; P.M. Viapiana Perpetua, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, 2003, 472; A. Bartolini, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002, 69; L. Mazzarolli, *Sulla disciplina della nullità dei provvedimenti amministrativi*, in *Riv. Dir. Proc. Amm.*, 2006, 543 ss.; S. Perongini, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, cit., 385 ss.

[38] Ai fini della razionalizzazione di cui si verte, peraltro, l'intenzione del legislatore potrebbe risultare meramente neutra, seguendo l'impostazione secondo cui l'atto normativo vive di vita propria, distaccandosi dalla propria fonte, onde favorire esegesi evolutive che meglio si accordino col restante e cangiante sistema in cui le disposizioni si collocano. Nella dottrina mitteleuropea si parla, per descrivere il fenomeno di autonomizzazione descritto, di *entfremdung*.

[39] A. De Siano, *Gli elementi essenziali dell'atto amministrativo*, cit.; M.A. Sandulli, *I limiti di esistenza dell'atto amministrativo*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1949, I, 125 e ss.; M.S. Giannini, *Atto amministrativo*, cit., 157 ss.; G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo: La giustizia amministrativa*, vol. I, Milano, 1958, 244 ss.; M.C. Cavallaro, *Gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo. Il problema della nullità*, Torino, 2012; A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 645 ss.; P. Virga, *Diritto amministrativo. Atti e ricorsi*, Milano, VI 2001, 35 ss.; F. Benvenuti, *Appunti di diritto amministrativo: parte generale*, Padova, 1987, 95 ss.; E. Casetta, F. Fracchia, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 550 ss.

[40] A. De Siano, *Gli elementi essenziali dell'atto amministrativo*, cit., 186.

apprezzamento per tracciare un assetto razionale fondato sul bilanciamento dei plurimi valori sul terreno[41].

In effetti, benché non risulti pacifico, sembra che non si possa non attribuire la dignità di essenziale, ai fini della validità dell'atto, al profilo che più di ogni altro connota il provvedimento, ovvero la funzione[42] di cura dell'interesse pubblico specifico.

L'atto amministrativo decisorio finale, orbene, si atteggia quale fattispecie a formazione progressiva[43], dotato di una struttura retrospettiva a valenza prospettica[44]. Il *decisum* terminale si costituisce lungo l'*iter* procedimentale, luogo in cui il bilanciamento si realizza, onde formalizzarsi nell'adozione del provvedimento, di talché quest'ultimo è integrato da elementi già *in nuce* appalesatisi in sede istruttoria, ed è naturalmente teso al soddisfacimento del vincolo teleologico apposto dal principale committente dell'amministrazione, ovvero dal legislatore. D'altronde, principiando nell'analisi dalla funzione, e riconoscendo come in seno al procedimento la funzione si faccia atto, si dovrebbe guardare al provvedimento come ad un derivato della funzione stessa, la quale, dunque, atteggiandosi come

---

[41] A. Amorth, O. Ranelletti, *Atti amministrativi*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. I, Torino, 1937, 168; G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, I, cit., 392; C. Vitta, *Diritto amministrativo*, Torino, 1954, 470 ss.; P. Virga, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 416 ss.; F. Benvenuti, *Appunti di diritto amministrativo*, cit., 105; L. Galateria, M. Stipo, *Manuale di diritto amministrativo: principi generali*, Torino, 1998, 477; L. Acquarone, *Attività amministrativa e provvedimenti amministrativi.*, Genova, 1995, 211; F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo, Milano (1911-1914), ristampa*, a cura di G. Miele, Padova, 1960, 607.

[42] F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo, Milano (1911-1914), ristampa*, cit., 580; V.C. Irelli, *Principi del diritto amministrativo*, Torino, 2005, 162-163; M. D'Orsogna, *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, cit., 265 ss.; B. Cavallo, *Provvedimenti e atti amministrativi.*, III, cit., 48 ss.; O. Ranelletti, *Attività amministrativa e attività tecnica nella competenza giudiziaria e amministrativa*, in *Riv. Corte dei Conti*, 1911, 1, 5; O. Ranelletti, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, IV, 1894, 63; U. Forti, *I «motivi» e la «causa» negli atti amministrativi, in Foro*, in *Riv. Foro It.*, III, 1932, 289, in Studi di diritto pubblico, vol. I, Roma; 1937, 492; P. Bodda, *La nozione di «causa giuridica» nella manifestazione di volontà nel diritto amministrativo*, Torino, 1933; C. Mortati, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge, Roma, 1935*, in *Scritti sulle fonti del diritto e sull'interpretazione. Raccolta di scritti*, vol. II, Milano, 1972, 520; R. Alessi, *Intorno ai concetti di causa giuridica illegittimità eccesso di potere*, cit., 1 ss.; P. Gasparri, *La causa degli atti amministrativi*, Pisa, 1942; N. Paolantonio, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, 35 ss.

[43] F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, cit., 82, secondo cui la fattispecie a formazione progressiva «necessariamente consta di fatti che si devono succedere nel tempo, nel senso che uno di essi non può che seguire l'altro […] se è ravvisabile una aspettativa legittima tutelata dalla legge, anche l'accadimento di un solo fatto […] può essere produttivo di effetti, ma non finali, quanto piuttosto prodromici e strumentali»; M. Trimarchi, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, cit.; 121 ss.; A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, cit., 199 ss.

[44] M.S. Giannini, *Motivazione*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1977; 266; V. Mazzarelli, *La motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, Roma, 1990, 23, in cui emerge icasticamente il carattere centrale del procedimento, quale epifania della funzione.

madre, inevitabilmente conforma sul piano genetico-strutturale l'atto-figlio[45].[46] Sulla scorta di ciò, che sintetizza quanto ampiamente sostenuto nella dottrina tradizionale, nonché in considerazione delle riflessioni sopra sviluppate circa il fondamento odierno della potestà amministrativa, sembra che nel provvedimento la funzione sia struttura.

Sorge, allora, un apparente sovrapposizione, atteso che il vizio della funzione è ricondotto generalmente nell'alveo dell'eccesso di potere. Tuttavia, non sussiste alcuna comunanza di ambito applicativo, sin dal piano letterale, fra la nullità strutturale e l'eccesso di potere, giacché nel primo caso si parla di carenza, nel secondo trattasi di mero eccesso[47].

Il quesito conseguente consta, così, della perimetrazione della deficienza strutturale-funzionale del provvedimento. Il compito non è affatto agevole, in considerazione del rilievo per cui il predicato elemento essenziale, la funzione, è normalmente legato al concetto di discrezionalità[48], per sua natura elastico.

Appare opportuno muovere dalla valorizzazione del menzionato discrimine fra i due vizi della funzione, acché si ponga l'accento sulla necessaria mancanza del profilo essenziale in discussione. Queste ipotesi sembrano potersi riscontrare in astratto quando, lungi dal perseguirsi il fine vincolato, ancorché in guisa distonica rispetto ai principi generali che presiedono all'esercizio della ponderazione, il potere discrezionale, pur esistente, venga impiegato con modalità del tutto abnormi, ridondanti in assenza di cura in concreto del pubblico interesse specifico.

A ben vedere, data la predicata proteiformità dell'eccesso di potere, si può operare una distinzione all'interno della costruzione tradizionale di tale vizio[49]. Si

---

[45] F.G. Scoca et al., *Diritto amministrativo*, cit., 177 ss.; E. Casetta, F. Fracchia, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 82 ss.

[46] Più innanzi, affrontando lo scrutinio dei profili ordinamentali (paragrafo 3.3) intersecati dal contributo, si aggiungerà all'argomento tradizionale consistente nella procedimentalizzazione funzionalizzata dell'amministrare ed all'argomento di recente conio della sublimazione dell'agire autoritativo, ridotto quantitativamente e nobilitato qualitativamente, l'argomento sistematico ed interdisciplinare. Qui può anticiparsi che lo sviluppo dell'ordinamento giuridico nel suo complesso, anche in prospettiva comparatistica, pare condurre all'affermazione, da una parte, della tendenziale recessività della causa del negozio privato, e, dall'altra parte, della centralità della funzione nel diritto amministrativo.

[47] S. Torricelli, *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità*, cit.; F.M. Nicosia, *Potere pubblico e interessi privati tra vincoli dell'amministrazione e tutela giurisdizionale. Vol. 1: Potere ed eccesso di potere nell'attività amministrativa «non discrezionale»*, Napoli, 1991; A. Cauduro, *Eccesso di potere e abuso del diritto nella pubblica amministrazione*, cit., N. Longobardi, *La legge n. 15/2005 di riforma della legge 241 del 1990. Una prima valutazione*, in *www.giustiziaamministrativa.it*.

[48] F.G. Scoca et al., *Diritto amministrativo*, cit., 32 ss.; E. Casetta, F. Fracchia, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 321 ss.

[49] M. Trimarchi, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, cit., 253; F. Rovelli, *Lo sviamento di potere*, in *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di G. Vacchelli*, Milano, 1938, 457; A. Amorth, *Il Merito dell'atto amministrativo*, Milano, 1939, 105 ss.; F. Benvenuti, *Appunti di diritto amministrativo*, cit., 108; A. Piras, *Invalidità*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXII, Milano, 1972, 604 ss.; L. Galateria, M. Stipo, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 480-481; G. Falcon, *Lezioni di diritto amministrativo. L'attività.*, vol. I, Padova, 2005, 156-157; B.G. Mattarella, *Il provvedimento amministrativo: struttura del*

potrebbe distinguere fra lo sviamento di potere e le restanti figure elaborate in via pretoria. In effetti, solo il *detournement de pouvoir*[50] determina l'assenza di perseguimento dello scopo cui deve essere orientata l'azione amministrativa. Nelle differenti e restanti ipotesi, fermo il fine da perseguire, si registrano menomazioni nel percorso che a quest'ultimo conduce. Ne deriva una qualificazione diversa in punto di gravità della patologia, da tener in debito conto in ordine al regime normativo di pertinenza.

L'abnormità ridondante in carenza di funzione, sussumibile al di sotto dell'art. 21-*septies*, potrebbe, dunque, essere determinata da ciò che tralatiziamente è ricondotto all'annullabilità, ovvero dallo sviamento di potere. Ciò poiché se la pubblica amministrazione elude il mandato legislativo, volgendo al perseguimento di un fine differente da quello previsto nella norma attributiva del potere, risulta la deficienza del profilo funzionale, riguardato come tensione verso un obiettivo a monte determinato[51].

Il sillogismo, quindi, potrebbe essere il seguente: la carenza di funzione, elemento essenziale del provvedimento, determina nullità; lo sviamento di potere è caratterizzato dalla mancanza di funzione; lo sviamento di potere importa nullità.

Si ritiene che una interpretazione del dato testuale di questo tipo si fregi della consentaneità al sistema amministrativo in trasformazione, proprio perché, se il potere si muove sempre più frequentemente sugli sdrucciolevoli crinali degli interessi fondamentali, appare utile ampliare la tutela del privato e, secondo la logica del segnale d'allarme[52], favorire un sindacato con cui si smascheri l'abuso in ordine ad un agire così rilevante sul piano ordinamentale. Lo sviamento circa la

provvedimento, cit., 982; V. C. Irelli, *Principi del diritto amministrativo*, cit., 240; B. Cavallo, *Provvedimenti e atti amministrativi.*, III, cit., 315; R. Villata, *L'atto amministrativo,* in *Riv. Dir. Amm.*, 2005, a cura di AA. VV, 830; D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, cit., 349-350; E. Casetta, F. Fracchia, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 518; G. Guarino, *Atti e poteri amministrativi*, cit., 239-240; P. M. Viapiana Perpetua, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, cit., 142; S. Perongini, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, cit., 403.

[50] A sostegno della distinzione prefigurata in seno all'eccesso di potere, così come ricostruito dall'impostazione dominante, depone l'argomento storico. Invero, la giurisprudenza amministrativa ha inaugurato il proprio sindacato sul potere discrezionale, così privato della totale libertà di azione, esattamente in relazione al vizio di sviamento, che, in effetti, si connota per una radicale gravità, fondante una idiosincrasia ontologica per le figure sintomatiche successivamente e progressivamente emerse nell'esercizio dell'arte pretoria. Sul punto si rinvia, tra gli altri, a F.G. Scoca et al., *Diritto amministrativo*, cit., 318 e ss.

[51] F. Benvenuti, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, cit.; A. Codacci Pisanelli, *L'eccesso di potere nel contezioso amministrativo*, cit.; N. Pappalardo (Papaldo), *L'eccesso di potere amministrativo secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, In Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, vol. II, Roma, 1932; S. Cognetti, E. Cardi, *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, cit.; M. Santise, *La morte dell'eccesso di potere e le armi spuntate del giudice amministrativo. di Maurizio Santise*, in *Iurisprudenza.it* (ultimo accesso 03.03.2016); per una ricostruzione della distinzione superata tra carenza di potere in astratto e carenza di potere in concreto, patrocinata in passato dalla Cassazione, si veda R. Chieppa, R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 141 ss.; per un'impostazione innovativa si veda M.C. Cavallaro, *Gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo. Il problema della nullità*, cit..

[52] G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, cit., 188.

cura in concreto di interessi sensibili richiede una irregimentazione giuridica che superi, per quanto possibile ed in modo equilibrato, la debolezza rimediale, per abbracciare uno statuto che allarghi la possibilità di tutela[53].

Al di fuori di quanto oggetto della presente configurazione, qualora il *vulnus* funzionale non ridondi in totale carenza di tensione verso l'interesse pubblico primario persisterebbe l'operare dell'annullabilità. Difatti, dalla logica di protezione della funzione in senso stretto per l'attuazione integrativa delle scelte valoriali, si passa alla logica della funzione in senso lato, consistente nella presa in considerazione del residuo ecumene della discrezionalità, composto dai cosiddetti interessi secondari, pubblici e privati. È in quest'ultima sede che assume pregnante rilievo il rapporto amministrativo[54]: il sindacato giudiziale sull'eccesso di potere è vocato a conferire effettività alla norma attributiva della potestà, la quale qualifica in astratto la situazione soggettiva del consociato che anela a conseguire o conservare un bene della vita, substrato materiale della propria posizione, giuridicizzandola a fini protettivi, secondo la tecnica di tutela che si fonda sulla dialettica con l'interesse pubblico, in una prospettiva simpoietica dell'agire amministrativo.

Proseguendo nel trarre i precipitati dalle coordinate alla base del ragionamento, possono tratteggiarsi aggiuntivi sviluppi ermeneutici.

In effetti, l'interpretazione razionalizzatrice, con cui temperare la naturale debolezza rimediale della patologia del provvedimento, potrebbe condurre ad un ulteriore osservazione mediante la quale estendere l'ambito oggettivo della nullità, in accordo con il su richiamato principio di legalità, inverato in senso negativo e catecontico. Se, difatti, il punto di partenza della pregressa disamina circa la nullità strutturale si è rinvenuto nella funzione, intesa quale elemento essenziale della fattispecie a formazione progressiva provvedimentale, occorre un ulteriore vaglio a compasso allargato della stessa, affinché se ne traccino i confini[55].

---

[53] N. Longobardi, *Il diritto amministrativo in trasformazione*, cit., 1623 secondo il quale «va cercata una base per il diritto amministrativo nei diritti fondamentali (*rights-based approach*), ciò che implica un mutamento conseguente del ruolo del giudice amministrativo»; F. Merusi, *Il codice del giusto processo amministrativo*, in *Riv. Dir. Proc. Amm.*, 2011, 1; F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni «Trenta» all'«alternanza»*, Milano, 2001; F. Merusi, *L'integrazione tra legalità comunitaria e la legittimità amministrativa nazionale*, in *Riv. Dir. Amm.*, 2009; F. Merusi, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 2007, 2 secondo cui la primazia dei diritti fondamentali ha quale conseguenza l'assenza di riserve per l'amministrazione, a vantaggio del giudice e, in definitiva, del cittadino.

[54] G. Poli, *Potere pubblico, rapporto amministrativo e responsabilità della P.A. L'interesse legittimo ritrovato*, Torino, 2013; M. Protto, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008; V. Antonelli, *Contatto e rapporto nell'agire amministrativo*, Padova, 2007; G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, I, cit., 178; S. Palazzuolo, *Rapporto giuridico*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVIII, Milano, 1987, 289.

[55] In ordine al rilievo sistematico della ricerca di limitazioni alla *puissance* pubblicistica: F. Politi, *Diritto pubblico*, Torino, 2013, 5, secondo cui è possibile «distinguere due differenti – se non contrapposte – concezioni del diritto pubblico: a) da una parte, una visione di diritto pubblico come insieme delle norme che fondano e regolano l'esercizio del potere; b) dall'altra parte, un'idea del diritto pubblico che ponga le norme che fondano e che *limitano* il potere. E questa è l'impostazione classica del costituzionalismo moderno quale pensiero giuri-

In particolare, è doveroso porre mente alla multipolarità dell'amministrazione in senso obiettivo, affinché si consideri adeguatamente l'ipotesi, non infrequente, che nello scenario di azione del soggetto pubblico si staglino interessi, anch'essi, dalla natura fondamentale. Si vuol prendere in esame il caso in cui nello schermo del potere discrezionale appaiano, accanto all'interesse pubblico primario e ad ulteriori interessi pubblici, interessi di titolarità privata qualificati in termini di rango. Quest'ultimi, secondo l'impostazione tradizionale, andrebbero inquadrati nel *genus* degli interessi secondari, oggetto di bilanciamento nell'effettuazione della scelta di merito. Tuttavia, qualora tali interessi privati posseggano dignità costituzionale, andrebbe riconosciuto ai medesimi un ruolo differente nella dinamica della discrezionalità, il quale, oltre ad obliterare la qualificazione diminuente che opera una pretermissione ontologicamente incompatibile con la natura stessa del valore, si appunti sulla conformazione funzionale del potere[56].

Si vorrebbe prospettare di riconfigurare la collocazione degli interessi privati fondamentali in seno alla dialettica discrezionale, superando la predicata secondarietà, per profilare una inerenza della posizione giuridica soggettiva alla struttura del provvedimento e, segnatamente, alla sua funzione. Più in dettaglio, si potrebbe far assurgere alla primarietà ogni interesse della persona costituzionalmente rilevante che si profili nell'apprezzamento ponderativo, ancorché non assunto dalla fonte primaria attributiva del potere quale interesse direttamente primario vincolante, sul piano finalistico, l'amministrazione[57].

Così si addiverrebbe ad una complessità del dato assiologico primario, con la possibile conseguenza della genesi di una antinomia interna, stante l'effetto catecontico dell'interesse privato fondamentale, il quale opera *sub specie* di limite alla funzionalizzazione normativamente prescritta.

Se si principia da questa ricostruzione, è possibile inferire che un eventuale superamento del *limes* tracciato ridondi in carenza dell'elemento essenziale della funzione, poiché il vizio concernente quest'ultima atterrebbe già all'*an*, dal

dico» imperniantesi sullo scopo della limitazione della potestà pubblicistica; W. Mangoni, *L'esercizio retroattivo del potere amministrativo. Limiti e garanzie a tutela dell'individuo*, Torino, 2016; V. Cerulli Irelli, D. Colarossi, *L'amministrazione e il potere politico (ordinamenti a confronto)*, Torino, 2018.

[56] M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., 49; M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano, 1939, 45-47; M.S. Giannini, M. D'Alberti, *Discrezionalità e pluralismo. Intervista a M. S. Giannini*, in *Quaderni del pluralismo*, 1984, 104; M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 264; C. Mortati, *Discrezionalità*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. V, Torino, 1960, 1101; V. Ottaviano, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, in *Diritto Comparato*, vol. XXII, Milano, 1948, ora anche in Scritti giuridici, vol. I, Milano, 1992, 275; A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative: Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997, 116 ss.; O. Ranelletti, *La guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, IV 1934, 356; S. Civitarese Matteucci, *in Dir. Pubbl.*, cit.; S. Torricelli, *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità*, cit.; A. Amorth, *Il Merito dell'atto amministrativo*, cit.

[57] Per un confronto con la tesi della carenza di potere in concreto ed il suo eventuale ruolo si rinvia a M.C. Cavallaro, *Gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo. Il problema della nullità*, cit.

momento che la presenza dell'interesse privato fondamentale amplia ed integra il quadro teleologico, ponendosi a fianco del fine predeterminato, frenandone il perseguimento in misura differente a seconda dei casi di specie, sino all'estremo della ipotetica paralisi.

Il provvedimento che, indi, nel curare in concreto l'interesse pubblico primario, comprime in modo sproporzionato[58] l'interesse privato fondamentale presente nel panorama valoriale della discrezionalità oltrepassa il limite interno[59] alla singola funzione amministrativa, esponendosi alla sussumibilità al di sotto della nullità strutturale per deficienza di elementi essenziali, in relazione al profilo funzionale[60].

3.2. *Profili sistematici pubblicistici: la duplice prospettiva democratica e liberale*

La razionalizzazione del sistema dell'invalidità, con cui si mira ad un equilibrato bilanciamento dei valori in gioco, passa per due differenti canali, i quali si caratterizzano per una divaricazione cui è sottesa la dialettica che costituisce l'essenza del diritto pubblico e del diritto amministrativo in particolare[61].

Da un lato, infatti, l'area di operatività della nullità strutturale si estende in nome dell'interesse pubblico, con conseguente vivificazione del centrale principio di funzionalità ordinamentale, nonché con il riconoscimento pieno del ruolo istituzionale dell'amministrazione nell'inveramento del programma democratico[62].

---

[58] M. Bombardelli, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico.*, cit., 388, secondo cui il principio di proporzionalità può essere riguardato in una logica propria dell'analisi economica del diritto, in grazia della quale, rammentando il criterio di Vilfredo Pareto, «una data situazione è efficiente se non è possibile alcuna modifica che migliori la posizione di qualcuno senza peggiorare quella di altri».

[59] Sull'asserita natura di limite interno si rinvia, tra gli altri, a C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, 351.

[60] Un ruolo significativo alle posizioni dei consociati nell'ambito del vincolo funzionale dell'amministrazione è riconosciuto da A. Romano Tassone, *Situazioni giuridiche soggettive (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, 1998, 966, secondo cui l'interesse pubblico andrebbe ricostruito anche tenendo in considerazione, quale componente dello stesso, gli interessi privati. M. Trimarchi, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, cit., 225 ss.; M. Trimarchi, *L' inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, cit.; G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, cit., 74 ss.; M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 155 ss.

[61] F. Politi, *Diritto pubblico*, cit.; F. Politi, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione Repubblicana*, cit.; E. Follieri et al., *Il diritto amministrativo in trasformazione*, cit.; A. Calegari, *La concezione liberale del diritto amministrativo in Leopoldo Mazzarolli*, in *Riv. Dir. Amm.*, 2015, 2–3, il quale, nel ricordare il pensiero del Prof. Mazzarolli, individua lo scopo ultimo dell'autorità «al di là di garantire il perseguimento degli interessi pubblici e del bene sociale, anche» nel «salvaguardare le libertà individuali»; G. Corso, *Motivazione degli atti amministrativi e legittimazione del potere negli scritti di Antonio Romano Tassone*, in *Riv. Dir. Amm.*, 2014, 3.

[62] Il vincolo teleologico, costituendo spesse volte l'unica estrinsecazione della legalità per l'attribuzione dei poteri alle Autorità amministrative indipendenti, costituisce, insieme alla c.d. legalità procedimentale, presupposto stringente anche ed *a fortiori* per la conformità costituzionale del sistema di tal guisa delineato. Sembra, dunque, ripresentarsi la dialettica fra legalità-indirizzo, sul piano teleologico, e legalità-garanzia, sul piano

Dall'altro lato, invece, la sfera oggettiva della nullità strutturale è ampliata in forza della valorizzazione della logica del rapporto[63], per la quale la situazione giuridica soggettiva del consociato, stante la rilevanza costituzionale della stessa, si atteggia quale limite all'interesse pubblico, con il corollario della necessaria proporzionalità della scelta effettuata, dovendosi garantire il minor sacrificio possibile per il privato[64].

La nullità diviene la struttura formale mediante la quale apprestare adeguata protezione, sul piano sostanziale, a primari valori, inscritti nello statuto del costituzionalismo contemporaneo[65].

Su un fronte, il principio di legalità, che si propone di definire, sulla base dell'angolo visuale assunto, positiva e teleologica, traccia un limite esterno alla

procedurale, circa la legittimazione dal basso di tali peculiari soggetti pubblici. Sul modello regolativo-giustiziale, formula che ben compendia le peculiarità del fenomeno, si veda N. Longobardi, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009; in particolare F. Politi, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio*, in *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009, 295 ss.

[63] M. Protto, *Il rapporto amministrativo*, cit.; M. Protto, *Il diritto amministrativo nel tempo postmoderno*, cit., 2766 ss., secondo cui «in tale nuovo contesto, il profondo ripensamento dei termini della dicotomia ha portato a diverse teorizzazioni che, peraltro, hanno in comune un tratto essenziale: la rivalutazione del rapport giuridico come substrato teorico e tecnico per una rivisitazione in senso funzionale della realizzazione del diritto pubblico e privato. Tali teorie utilizzano la categoria concettuale del rapporto come prospettiva per la valutazione degli interessi sostanziali e la composizione della complessità che si determina per effetto delle interferenze e contaminazioni tra diritto pubblico e privato, in una prospettiva funzionale del diritto fondata sugli interessi che vengono in rilievo nel rapporto. Il superamento della dicotomia è possibile attraverso la creazione da parte di tutti i formanti di un diritto comune differenziato, ossia di un diritto comune applicabile ad ogni rapport, indipendentemente dalla natura dei soggetti, del carattere funzionale o meno dell'attività svolta, che tuttavia si differenzia in ambiti disciplinari in ragione di specifici principi e criteri. Ciò non significa che il diritto delle obbligazioni previsto dal codice civile sia applicabile *tout court* alla attività amministrativa né che i principi generali del diritto amministrativo si applichino acriticamente ai comportamenti dei privati in determinati ambiti (quale ad es. quello dell'economia), ma che diritto pubblico e private, non più contrapposti, concorrano nella determinazione della disciplina del particolare ambito non in conseguenza dell'aprioristica qualificazione pubblicistica o privatistica del rapporto come pubblico o private, ma in ragione del criterio di appropriatezza delle regole e dei concetti in relazione al rapporto sostanziale»; P. Grossi, *Per un diritto amministrativo del tempo postmoderno*, in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, di L. Ferrara, e D. Sorace, vol. I, Firenze, 2016, XXIV e XXVI; U. Breccia, *L'immagine che i privatisti hanno del diritto pubblico*, in *Riv. crit. Dir. Priv.*, 1989, 191 ss.

[64] Sul principio di proporzionalità. G. Moschetti, *Il principio di proporzionalità come «giusta misura» del potere nell'evoluzione del diritto tributario*, Padova, 2017; D.-U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; M.A. Sandulli, *Princìpi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2017; E. Casetta, F. Fracchia, *Manuale di diritto amministrativo*, cit.; F.G. Scoca et al., *Diritto amministrativo*, cit., R. Chieppa, R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit.; M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, cit.; F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010. Specificamente, in ordine alla stretta correlazione del principio di proporzionalità con i due termini dell'eterna dialettica giuspubblicistica, ovvero la libertà ed il potere, si veda V. Cerulli Irelli, *Introduzione*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241 del 1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e 80/2005*, a cura di N. Paolantonio et al., Torino, 2005, 3.

[65] In ordine al ruolo del costituzionalismo contemporaneo ed al complesso di principi che ne costituisce l'essenza si rinvia, tra molti, a M. Fioravanti, *Costituzionalismo. La storia, le teorie, i testi*, Roma, 2018; F. Politi, *Diritto pubblico*, cit.; G. Morbidelli, *Diritto pubblico comparato*, Torino, 2016.

discrezionalità amministrativa[66], cosicché lo sviamento di potere ridondi in carenza dell'elemento essenziale della decisione rappresentato dalla funzione. In tal modo si responsabilizza l'amministratore pubblico, il quale sarà chiamato ad un esercizio della potestà strettamente conforme al mandato conferitogli. Si ottiene, di conseguenza, una rigorosa perimetrazione dell'autorità a tutela dei consociati, i quali non possono veder regolati imperativamente i loro interessi senza beneficiare della garanzia della rappresentanza. Il principio democratico[67] impone di circoscrivere puntualmente l'ambito oggettivo di esercitabilità del potere, invocando un rimedio appropriato al cospetto dell'edizione autoritativa fuoriuscente dall'alveo segnato dai cittadini, sia per mezzo della "procura" rilasciata al legislatore, sia per mezzo della partecipazione al procedimento, secondo lo schema della legittimazione dal basso, imperniata sulla legalità procedurale ed il c.d. *interest representation model*[68].

Si seguirebbe, pertanto, il percorso disegnato dalla recente giurisprudenza penale[69], con specifico riferimento al novellato abuso d'ufficio, vocato a distinguere fra limiti interni e limiti esterni alla discrezionalità amministrativa, al fine di affermare la persistente rilevanza penale della condotta del pubblico ufficiale che violi i secondi, ponendosi in contrasto con il precetto legislativo sul piano funzionale e determinando una distorsione integrante sviamento di potere. Defalcati dalla presente analisi gli arresti pretori penalistici, si potrebbe osservare come una distinzione di tal fatta, se può affacciarsi sul fronte punitivo, quantunque possano emergere perplessità sul punto in ordine alla prevedibilità del rischio penale, può, a maggior ragione, affacciarsi nel sistema della patologia del provvedimento amministrativo, ove la dicotomia limiti esterni-limiti interni sembra doversi concretare, seguendo l'orientamento sviluppato, nella sussunzione al di sotto di differenti specie di invalidità.

Su un ulteriore fronte, il principio di legalità, inquadrato dalla prospettiva che si è definita negativa e catecontica, traccia un limite interno alla discrezionalità amministrativa, non equiparabile ad altri e differenti ostacoli endogeni, ordinariamente riconducibili al *genus* dell'annullabilità, sotto specie di eccesso di pote-

---

[66] Sulla predicata natura di limite esterno si veda C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, cit., 350.

[67] Sul principio democratico nell'amministrazione si rinvia a P. Mezzanotte, *Principio democratico e partecipazione alla decisione pubblica*, in *Federalismi*; P. Mantini, *Il principio democratico di semplificazione nella riforma della Costituzione*, Roma, 2016.

[68] In merito alla democraticità dell'azione amministrativa ed alla correlata e conseguente legittimazione dal basso della medesima, in virtù dell'affermazione del principio del giusto procedimento e del c.d. *interest representation model* si consenta di rinviare a L. Pedullà, *La costituzionalizzazione del giusto procedimento*, Napoli, 2019; U. Allegretti, *Democrazia partecipativa*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2011, 295 ss.

[69] Cass. pen., sez. VI, 8 gennaio 2021, n. 442, la quale valorizza la distinzione tra lo sviamento di potere in termini di violazione dei limiti esterni della discrezionalità ed i meri limiti interni della medesima, in relazione al novellato abuso d'ufficio *ex* art. 323 c.p.

re. In questo caso, l'ordinamento si preoccupa di erigere una cinta fortificata dal perimetro elastico, attraverso cui scortare le pretese fondamentali, costituzionalmente qualificate come inviolabili, ed oggi tutelate in un'ottica multilivello grazie all'apertura alle fonti sovranazionali relative ai diritti dell'uomo. Predicando la nullità del provvedimento che regola, in difetto di proporzionalità, il rapporto autorità-individuo, allorché quest'ultimo vanti una situazione soggettiva giuridicamente protetta a livello fondamentale, il sistema aderisce ad un orientamento liberale, in virtù del quale in esponente deve necessariamente esser collocata, costantemente, la persona e le libertà alla medesima connaturate[70].

In questo modo si estende la garanzia riconosciuta ai consociati sul terreno ardente dei diritti fondamentali al cospetto del potere amministrativo, in merito ai quali si registra un aspro dibattito dottrinale e giurisprudenziale[71]. La tesi che si prospetta sembra introdursi in posizione intermedia fra i principali orientamenti sul punto.

Si raccoglie dalla ricostruzione che addiviene a negare l'esistenza dell'*imperium* a fronte di diritti asseritamente indegradabili, cosiddetti a nucleo rigido, la pregevole istanza tesa ad ampliare la tutela di codeste situazioni soggettive, differenziando le tipologie di pretese in base al rango.

Si aderisce, d'altro canto, all'impostazione che afferma la degradabilità dei diritti fondamentali, sottolineando che nessuna pretesa vive come una monade nell'ordinamento, cosicché è necessaria l'intermediazione del potere amministrativo per realizzare il compromesso solidaristico[72] che è alla base del bilanciamento

[70] In ordine al principio personalista P. Forti, *Enzimi personalisti nel diritto amministrativo*, in *P.a. persona e amministrazione*, 2017; A. Ruggeri, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *Federalismi*, 2013; A. Vedaschi, *Il principio personalista, in Principî costituzionali*, a cura di L. Mezzetti, Torino, 2011.

[71] Per il dibattito in ordine alla c.d. teoria della indegradabilità dei diritti fondamentali si vedano Cass. civ., ss. uu., 1 agosto 2006, n. 17461; Cass. civ., 30 marzo 2011, n. 7186; Cass., ss. uu., 15 febbraio 2011, n. 3670; Ad. pl., Cons. Stato, 22 ottobre 2017, n. 12; Cort. cost., 27 aprile 2007, n. 140; Cass. civ., ss. uu., 5 febbraio 2008, n. 2656; Cass. civ., ss. uu., 28 dicembre 2007, n. 27187; Cass. civ., ss. uu., 10 luglio 2006, n. 15614; Cass. civ, ss. uu., 25 novembre 2014, n.25011.

Recentemente il Cons. St., sez. III, 21 ottobre 2020, n. 6371, ha superato la tesi dell'indegradabilità dei diritti fondamentali statuendo: «1. I diritti sociali a differenza dei diritti di libertà, traducendosi nella pretesa di una prestazione pubblica, necessitano, a seconda del grado di impatto sugli interessi pubblici potenzialmente antagonisti e in considerazione della scarsità delle risorse economiche e materiali disponibili, di una mediazione amministrativa. Una volta che il potere è stato attribuito, è al corretto esercizio di questo che doveva aversi riguardo per fornire tutela al titolare dell'interesse sostanziale (e in ciò risiede l'essenza dell'interesse legittimo), senza che possa darsi ultroneo rilievo alla natura "fondamentale" o "sociale" della situazione giuridica. […] 10.3. Dinanzi alla pienezza di tutela che l'ordinamento oggi assicura, per il tramite della giurisdizione amministrativa, agli interessi fondamentali correlati ai diritti sociali, continuare a sostenere sotto l'ombrello teorico della non affievolibilità del diritto fondamentale, che il potere legalmente conferito alla pubblica amministrazione sia in quei casi *inutiliter datum*, equivarrebbe a qualificare la legge attributiva come incostituzionale, vieppiù irritualmente disapplicandola»

[72] Per il rilievo del principio solidarista nel diritto pubblico ed amministrativo in particolare si vedano: A.G. Orofino, *La solidarietà in diritto amministrativo: da strumento di protezione dell'individuo a parametro di disciplina del rapporto*, in *Il diritto dell'economia*; G. Barone, *Diritti, doveri, solidarietà, con uno sguardo all'Euro-*

fra più posizioni giuridiche soggettive parimenti primarie. Di risulta, si interpreta l'inviolabilità di quest'ultime in senso relativo e modale, in accordo con la multipolarità dell'arena collettiva, secondo il modulo dell'interesse legittimo in rapporto con il potere e, conseguentemente, in dialogo con le ulteriori pretese dei consociati. La relatività della protezione apprestata all'interesse legittimo fondamentale di cui si discorre presenta un punto di rottura, rappresentato dalla stretta necessarietà allo scopo perseguito, oltre la quale la funzione sfuma, essendo inconcepibile un amministrare in contrasto, *sine causa*, con i «diritti inviolabili» di cui all'art. 2 Cost[73].

3.3. *Profili sistematici ordinamentali*

La distinzione fra le due nullità, la cui configurazione si propone, può essere apprezzata e confermata anche ricorrendo al proficuo parallelismo con istituti che, pur nascendo nel diritto privato, sembrano oltrepassarne i confini.

Operando in tal senso si scorge l'affinità fra la coppia di figure patologiche profilatesi e due categorie attive nel panorama civilistico: l'abuso del diritto e la buona fede oggettiva.

Lo sviamento di potere, in particolare, si atteggia similmente all'abuso del diritto[74]: trattasi, nell'uno come nell'altro caso, di soggetti giuridici che esercitano posizioni di cui sono titolari al fine di conseguire utilità non rientranti nel contenuto della situazione di vantaggio edita, così risultando infedeli al programma ordinamentale di riconoscimento e tutela di diritti, interessi e potestà.

La sproporzionata menomazione di interessi privati fondamentali, da par suo, si atteggia in modo similare alla violazione della buona fede in senso oggettivo[75]: sia l'una che l'altra pongono l'accento sul *quomodo* dell'edizione della posi-

---

pa, in *Riv. it. Dir. Pubbl. Com.*, 1, 2004; C. Amirante, *Diritti fondamentali e diritti sociali nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 1995; ss. uu., 22 luglio 1999, n. 500.

[73] Sull'art. 2 della Carta fondamentale si rinvia a M. Fioravanti, *Costituzione italiana: articolo 2*, Roma, 2017; A. Baldassarre, *Diritti inviolabili Treccani*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XI, 1989; F. Modugno, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995.

[74] Sull'abuso del diritto: S. Patti, *Abuso del diritto*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 1987; P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998.

[75] Sulla buona fede oggettiva: G. Miele, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, 1931, Roma, 105; L. Bigliazzi Geri, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv*, 1988, 176; G. Villanacci, *La buona fede oggettiva*, Napoli, 2013; G. Stolfi, *Il principio di buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, 1964; G. Pignataro, *Buona fede oggettiva e rapporto giuridico precontrattuale: gli ordinamenti italiano e francese*, Napoli, 1999; M. Trivellin, *Il principio di buona fede nel rapporto tributario,* Milano, 2009.

In linea di limitazione della discrezionalità mediante il grimaldello della buona fede si veda C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, cit., 259. Taluna dottrina evidenzia, peraltro, come l'applicazione del canone di derivazione giuscivilistica della buona fede in senso oggettivo non importi naturalmente e necessariamente il passaggio logico della trasformazione della posizione soggettiva giuridica dell'amministrazione da potestà ad obbligazione, anche in considerazione del ruolo

zione giuridica soggettiva attiva, così da scrutinare la correttezza qualitativa e quantitativa dell'azione[76].

Pertanto, il tralaticio vizio dell'eccesso di potere, progressivamente rinforzato con l'avvento di plurimi indici sintomatici, si vedrebbe sottratte figure qualificate come l'abuso per sviamento e la scorrettezza per sproporzione concernente situazioni "inviolabili" di titolarità del cittadino, seguendo un itinerario esegetico che riguarda i comportamenti e gli atti, privati e pubblici, in un quadro operazionale ed omnicomprensivo.

Gli strumenti sorti nel diritto del cittadino, che danno concreto corpo al paradigma solidaristico di cui all'art. 2 Cost., con i quali, da un parte, si supera l'antico principio *qui iure suo utitur neminem laedit*, conformando il coacervo di facoltà contenute nella posizione giuridica soggettiva per mezzo dell'espunzione dal contenuto di quest'ultima di ciò che oltrepassa il Rubicone funzionale ed impinge sulle libertà altrui, nonché, dall'altra parte, si pone il dovere di salvaguardare, nei limiti dell'apprezzabile sacrificio, gli interessi alieni entrati in contatto con l'agente, meritano di esser valorizzati nella loro cifra ontologica, a maggior ragione, nell'ambito del diritto pubblico, a presidio delle istanze democratiche e liberali che animano tale ramo.

Il potere mostra così la propria componente di dovere, la quale pone all'energia attiva dell'autorità sia un vincolo finalistico sia un vincolo procedurale, acché l'esercizio della situazione soggettiva giuridica dell'amministrazione non sia, rispettivamente, abusivo e scorretto[77].

D'altronde, il ruolo nel diritto pubblico del principio solidarista e, specificamente, della buona fede è oggi pacificamente riconosciuto anche dalla giurisprudenza, con interessanti aperture all'impiego delle clausole generali in sede di

---

pur sempre significativo da riconoscersi all'interesse pubblico nella dinamica discrezionale: in proposito L. Giani, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005, 99; G. Avanzini, *Responsabilità civile e procedimento amministrativo*, Padova, 2007, 334. Su una lunghezza d'onda assimilabile sul piano sostanziale a quest'ultima impostazione F.G. Scoca et al., *Diritto amministrativo*, cit., 21 ss., secondo il quale la potestà amministrativa presenta una componente di doverosità, segnatamente sul terreno finalistico e modale. In ordine alla spiccata vocazione del principio di buona fede in senso oggettivo alla regolamentazione dei rapporti fra soggetti in posizione asimmetrica C. Castronovo, *I principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2001; C. Castronovo, *Il contratto nei principi di diritto europeo*; S. Mazzamuto, *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002; V. Roppo, *Contratto di diritto comune, del consumatore, con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*. Tale considerazione rafforza la tesi per la quale la logica solidaristica di cui è portatrice il precetto di lealtà e correttezza trova naturale atterraggio nel campo pubblicistico, ove l'asimmetria connota la relazione intersoggettiva fra titolare della potestà e titolare dell'interesse legittimo.

[76] M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013; G. Scaccia, *Controllo di ragionevolezza delle leggi e applicazione della Costituzione, in Nova juris interpretatio*, Roma, 2007, 287 ss.; G. Scaccia, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio*, Torino, 2000; A. Barak, *Proportionality*, Cambridge, 2012, 175 ss.

[77] F.G. Scoca et al., *Diritto amministrativo*, cit., 22 ss.

sindacato sulla discrezionalità amministrativa, con il conseguente profilarsi della natura polifunzionale delle relative regole, stante l'operatività delle medesime e in punto di responsabilità e in punto di validità[78]. Difatti, la violazione del canone di buona fede oggettiva, correttezza e leale collaborazione[79] rappresenta non solo il presupposto, al ricorrere delle ulteriori condizioni di legge, per la risarcibilità degli interessi giuridicamente rilevanti del consociato lesi, ma anche un fondamento dell'invalidità del provvedimento. In quest'ultima ipotesi occorre ulteriormente distinguere, alla stregua dell'indirizzo interpretativo proposto: di regola, la scorrettezza determinerà annullabilità *sub specie* di eccesso di potere; mentre, eccezionalmente, quando si tratterà di menomazione di interessi fondamentali del cittadino, limitanti in senso preclusivo il potere discrezionale, determinerà nullità per carenza funzionale.

Ancora, continuando il cammino in parallelo con l'ordinamento privatistico, sembra naturale il richiamo alla causa del contratto, la quale costituisce la funzione economica del caso concreto, sintetizzante gli interessi curati dai paciscenti[80].

Da un lato, la decisione amministrativa che esercita un potere in astratto esistente, poiché attribuito, sviando dal fine da perseguire, così da integrare il vizio di carenza di funzione, può essere accostata, con le dovute accortezze legate alle ineliminabili differenze sostanziali, ancor prima che formali, fra i due rami ordinamentali, al contratto privo di causa. In ambedue le fattispecie, difatti, l'at-

[78] In una prospettiva radicale, circa i profili di cui trattasi, si orienta C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, cit., 253, secondo cui la clausola generale di buona fede andrebbe impiegata nel panorama del diritto amministrativo al precipuo scopo di sostituire la figura dell'eccesso di potere. Si afferma, specificatamente, che quest'ultima presupporrebbe l'inquadramento del potere nell'ambito delle norme di azione, mentre la buona fede, in quanto regola di comportamento, consentirebbe l'iscrizione del rapporto fra cittadino ed autorità in seno alle norme di relazione, caratterizzate dalla previsione di regole di comportamento e di diritti soggettivi. Merita di esser rammentato come altra dottrina, tra cui, in special modo, F.G. Scoca et al., *Diritto amministrativo*, cit., 22, ritenga compatibile la strutturazione della relazione intersoggettiva fra privato ed amministrazione pubblica in termini di rapporto con la consistenza di interesse legittimo della situazione giuridica soggettiva del consociato.

[79] L'art. 1 della legge generale sul procedimento amministrativo, in seguito alla recente novellazione per mezzo del d.l. n. 76/2020 convertito in l. n. 120/2020, significativamente recita che « i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai princìpi della collaborazione e della buona fede». La direzione intrapresa rafforza la natura di statuto delle pretese del cittadino in relazione al potere amministrativo della legge n. 241 del 1990.

[80] Sulla causa del contratto si rinvia a G. B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., 63; S. Pugliatti, *Diritto civile. Saggi*, Milano, 1951, 75 e 105; M. Giorgianni, *La causa del negozio giuridico*, Milano, 1974, 45; M. Giorgianni, *Causa (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VI, Milano, 1960, 547; V. Roppo, *Causa tipica, motivo rilevante, contratto illecito*, in *Foro it.*, 1971, 2377; C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, cit., 232, secondo cui la causa rappresenta la dimensione funzionale del provvedimento, consentendo, vieppiù, di contrassegnare l'amministratività del medesimo. Tale funzione, conseguentemente, permette di compiere il passaggio dall'attività all'atto. Circa la costruzione negoziale del provvedimento, la quale pone la causa tra gli elementi essenziali dell'atto, ai fini della validità del medesimo, si veda A. De Siano, *Gli elementi essenziali dell'atto amministrativo*, cit., 51 ss. In ordine alla molteplicità delle tesi circa gli elementi essenziali, anche distanti dalla ricordata tradizionale costruzione negoziale, si rinvia a *Ibidem*, 53 ss.

to non mostra alcuna tensione funzionale verso la cura di interessi, presentando una deficienza che colpisce il profilo strutturale della manifestazione giuridica[81].

Per converso, dall'altro lato, il provvedimento espressione, del pari, di potestà astrattamente sussistente, in accordo con il principio di attribuzione *ex lege*, che conculca in termini sproporzionati un interesse fondamentale del privato, così da ridondare in deficienza funzionale, può essere accostato, *mutatis mutandis*, al contratto con causa illecita. In entrambe le ipotesi l'elemento funzionale si scontra con una norma prevalente, non suscettibile di esser oggetto di disposizione, in un caso per via pattizia, nell'altro per via autoritativa. Nella fattispecie amministrativa, precisamente, si registrerebbe una illiceità qualificata ridondante in difetto di causa, sulla base delle argomentazioni sviluppate che mostrano come la pretesa di rango del cittadino dovrebbe integrare lo scopo perseguito dall'autorità. Le illiceità causali residuali si annovererebbero in seno all'art. 21-*octies*, in applicazione del precetto normativo che limita la nullità strutturale alla mancanza[82] di elementi essenziali[83].

Peraltro, si deve precisare come le linee di tendenza riguardanti il provvedimento ed il contratto sotto gli aspetti in parola siano, ancorché per una ragione di fondo che appare poggiare sulla medesima istanza, divergenti.

Da un lato, il negozio giuridico vede sbiadire la centralità del vaglio causalistico, pur preteso dal diritto positivo, dal momento che l'ordinamento pare non esigere con la stessa durezza del passato la razionalità degli spostamenti di ricchezza onde accordare i mezzi di tutela, mostrando maggior fiducia nell'iniziativa privata[84].

Dall'altro lato, il provvedimento, attaccato per il suo presunto carattere anacronistico, a fronte delle mobili esigenze dell'età contemporanea, può continuare a rivestire un ruolo di primo piano, soprattutto per dar risposta alla predicata nobilitazione dell'amministrazione, purché lo scrutinio funzionale sia puntuale, profondo e conduca a rimedi soddisfacenti per i cittadini.

---

[81] C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, cit., 234 ss., secondo cui lo sviamento di potere costituisce un difetto di causa riguardata, in relazione all'interesse pubblico primario ed alla cosiddetta legalità-indirizzo, su un piano astratto e secondo un giudizio sintetico, nell'ambito della complessità causale.

[82] A. De Siano, *Gli elementi essenziali dell'atto amministrativo*, cit., 50.

[83] C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, cit., 234 ss., secondo cui le figure sintomatiche di eccesso di potere, nel quadro della complessità causale, rappresentano il vizio della causa concreta, secondo la legalità-garanzia, in relazione ad un giudizio sistematico.

[84] Sul punto è di interesse notare come in ambito sovranazionale si siano affermati progetti di codificazione del diritto contrattuale in virtù dei quali la struttura del negozio giuridico appare estremamente scarna, onde rafforzare la stabilità del medesimo e, conseguentemente, la certezza dei rapporti giuridici privati. La causa, dunque, scompare, in tale sede, dal novero degli elementi essenziali necessari per il valido perfezionamento del contratto, in linea con la tendenza a ridurre il ruolo statuale circa il controllo sulle manifestazioni dell'autonomia negoziale. Si vedano in proposito, A. Frignano, M. Torsello, *Il contratto internazionale. Diritto comparato e prassi commerciale*, in *Trattato di Diritto commerciale e di Diritto pubblico dell'economia*, di F. Galgano, Padova, 2010, 77 ss.

Ne deriva, nel complesso, che la funzione economico-individuale civilistica è intesa in senso lato, ed il filtro giudiziale si atteggia a maglie larghe; mentre, al contrario, la funzione ordinamentale del provvedimento amministrativo è riguardata in chiave restrittiva, a rigorosa delimitazione del potere, fruendo di un sindacato giudiziale a maglie strette. Le divergenti tendenze volgono, pur tuttavia, ad un similare risultato, costituito dall'intento sistemico di ampliare le libertà dei consociati, sia nell'esercizio della loro autonomia negoziale che nella relazione con l'autorità.

Ciò che si evince dal confronto fra diritto amministrativo e diritto civile, ancora una volta, è la diversità sostanziale, dalla quale può trarsi la conclusione che l'elemento causale dovrebbe rivestire un ruolo maggiormente significativo nel provvedimento piuttosto che nel contratto. Se la causa costituisce la funzione dell'atto, mostrando un profilo di doverosità volto alla attuazione di un fine[85], sarebbe singolare imporre all'agire dei privati un tale requisito e non affermare la presenza di un siffatto elemento strutturale nelle manifestazioni attizie dell'autorità. Difatti, la concezione ideologica che condusse all'introduzione, nel codice civile del 1942, della causa quale profilo costitutivo del contratto intendeva l'autonomia negoziale in senso strumentale alla contribuzione del singolo all'economia nazionale, per l'affermazione dei valori della solidarietà corporativa. L'idea "bettiana"[86] della causa, pertanto, era compendiata nella nota formula della funzione economico-sociale. Il superamento dell'impostazione dirigistica, soprattutto grazie all'avvento della Carta costituzionale repubblicana prima, e del diritto comunitario ed eurounitario poi, hanno, seppur a fatica, consentito di accantonare l'afflato economicistico e produttivistico, favorendo l'emergere di una nozione di causa contrattuale che rimarcasse la centralità dell'individuo e dei suoi concreti interessi.

Sul fronte pubblicistico il percorso si è presentato opposto, muovendo dalla libertà dell'azione amministrativa sino alla discrezionalità sindacabile con l'ausilio di molteplici figure sintomatiche di eccesso di potere. Occorrerebbe trarre le conclusioni di questo itinerario con cui si è ridisegnato l'equilibrio fra autorità e libertà riconoscendo come le istanze alla base dell'inserimento del dato funzionale nella struttura del contratto sono oggi ben più pressanti nel diritto amministrativo che nel diritto civile. È il provvedimento che deve possedere una funzione sociale, spesse volte dalla natura economica, e non il negozio privato.

---

[85] *Funzione*, in *Treccani*, «dal latino *functio -onis, der*. di fungi «adempiere». Attività svolta abitualmente o temporaneamente in vista di un determinato fine, per lo più considerata nel complesso di un sistema sociale, burocratico, ecc.». Dall'analisi del dato etimologico emerge come il concetto di funzione presenta una intrinseca componente di doverosità, in relazione ad un profilo finalistico esterno e predeterminato.

[86] E. Betti, *Causa del negozio giuridico,* in *Dig. ita.*, III, 1957, 32 ss.

Di risulta, oggi il contratto deve avere una funzione individuale marginalmente sindacabile, senza poter essere anti-sociale, mentre il provvedimento deve possedere una funzione sociale, senza poter essere, *sine causa*, anti-individuale.

4. *Obiezione ad obiezioni*

L'esegesi qui proposta, fondata sulla razionalizzazione del sistema graduato dell'invalidità provvedimentale, così come il diritto positivo pare richiedere, concretandosi nella estensione del campo di applicazione della nullità, solleva comprensibili perplessità, che potrebbero condurre alla formulazione di obiezioni. Si potrebbe sottolineare che improvvidi allargamenti dell'area della nullità si porrebbero in frontale ed insanabile contrasto con la certezza e stabilità dei rapporti giuridici di diritto pubblico, nonché con l'esigenza di continuità dell'azione amministrativa[87].

Da un lato, difatti, si allungherebbero i termini di decadenza entro i quali adire le vie giudiziali, con una pesante triplicazione degli stessi, e si consentirebbe, in virtù dell'interpretazione che postula il principio di perpetuità dell'eccezione e la rilevabilità d'ufficio della nullità, di immettere una "mina vagante" nel sistema dei traffici giuridici, iscrivendo un'ipoteca pregiudizievole su rapporti e situazioni giuridiche soggettive, condannati all'incertezza[88].

Dall'altro lato, con l'accogliere l'impostazione maggioritaria, invalsa in dottrina ed in giurisprudenza, secondo cui il regime della nullità andrebbe mutuato dal diritto civile, attribuendo allo stesso una patente di universalità, si sarebbe costretti ad ammettere una cesura nella cura in concreto dell'interesse pubblico, stante l'asserita inefficacia del provvedimento nullo[89].

---

[87] O. Pini, *Il principio di continuità nel diritto amministrativo: profili ricostruttivi generali e possibili prospettive ermeneutiche*, Padova, 2016; C. Leone, *Il principio di continuità dell'azione amministrativa. Tra operatività dell'organo, inesauribilità del potere e stabilità degli effetti*, Milano, 2007; M.A. Sandulli, *Princìpi e regole dell'azione amministrativa*, cit.

[88] Sul regime processuale della nullità: F.G. Scoca et al., *Giustizia amministrativa*, Torino, 2017, 208 ss., il quale afferma che «non pare che l'art. 31 c.p.a. sia una disposizione "felice". Sarebbe stato preferibile stabilire la imprescrittibilità dell'azione, come normalmente accade nell'ipotesi di nullità»; F. Luciani, *Inefficacia e rilevanza giuridica dell'atto amministrativo nullo. Considerazioni sull'azione di nullità di fronte al Giudice amministrativo*, in *www.giustiziaamministrativa.it*, par. 12, 12; V. Lopilato, *Commento all'art. 31*, in *Il processo amministrativo*, di A. Quaranta, e V. Lopilato, Milano, 2011, 321.

[89] Sulla nullità e l'inefficacia nel diritto civile: C.M. Bianca, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, 2000, 612 ss.; M.C. Diener, G. Capozzi, *Il contratto in generale*, Milano, 2015, 775 ss.; E. Battelli, V. Rossi, *L'invalidità del contratto preliminare avente ad oggetto beni immobili da costruire nel sistema delle nullità di protezione*, in *Riv. giuridica dell'edilizia*, 2020, 6, 1546, i quali ricostruiscono, muovendo dalla disamina di una fattispecie concreta esaminata dalla giurisprudenza di legittimità, il sistema delle nullità di protezione, rimarcandone i tratti di specialità ed il carattere ibrido.

La pericolosità della ricostruzione qui in prospettazione può, tuttavia, essere superata, argomentando in due direzioni, una di natura sostanziale, l'altra di natura processuale.

4.1. *Il superamento delle obiezioni sul piano sostanziale e la nullità-demolizione*

La prima osservazione atta a testimoniare la mera apparenza dei pericoli prefigurati, ragionando in termini di diritto sostanziale, può essere agevolmente illustrata precisando la necessità che l'interprete sia avveduto nella circoscrizione del perimetro della descritta nullità strutturale per carenza funzionale, limitando la sussunzione all'interno della specie radicale di invalidità ai casi in cui non si ravvisi un mero vizio generico dell'elemento funzionale dell'atto amministrativo, quanto piuttosto si tratti di una patologia qualificata dalla totale deficienza causale, onde ricorrere all'art. 21-*septies* quale *extrema ratio*, operante al cospetto di abnormità. Solamente la vulnerazione pacifica del fine tipizzato, frustrante il principio di legalità sul piano teleologico, nonché la conculcazione palesemente sproporzionata di interessi fondamentali privati, conformanti il potere esercitato in senso catetecontico, dovrà importare l'integrazione della nullità[90]. Quanto non puntualmente rientrante nelle fattispecie astratte testé descritte dovrà, di converso, ricondursi nel quadro tradizionale dell'eccesso di potere, vizio pur sempre legato alla dinamica della potestà discrezionale amministrativa e, in quanto tale, come già sostenuto, meritevole di attenzione e riscoperta.

[90] In giurisprudenza, indici sintomatici di una sensibilità in tal senso possono essere rinvenuti sia in relazione alla predicata nullità connessa con la frustrazione del principio di legalità-positiva, sia relativamente alla vulnerazione del principio di legalità-negativa. Prescindendo dall'inquadramento teorico–dogmatico che si propone, la nullità è stata riscontrata, nella prima direzione, in fattispecie asseritamente connotate da assenza di volontà, quale elemento essenziale del provvedimento, per essere quest'ultimo adottato in ambiente collusivo penalmente rilevante, in cui, pertanto, difetta il perseguimento dello scopo pubblicistico, deviandosi la funzione per fini egoistici ed extra-istituzionali: si vedano Cons. Stato, sez. V, 4 marzo 2008, n. 890; Cass. pen., sez. III, 11 luglio 2003, n. 38735; Cass. pen., sez. VI, 20 settembre 2004, n. 39523; Tar Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 11 agosto 2012, 536; Tar Sicilia, Catania, sez. I, 25 luglio 2013, n. 2166. L'orientamento in esame, nondimeno, non è pacifico, in considerazione dell'impostazione che vi ravvisa ipotesi di annullabilità: in merito Cons. Stato, sez. V, 4 maggio 2015, n. 2237; Cons. Stato, sez. VI, 31 ottobre 2013, n. 5266; Cons. Stato, sez. V, 17 febbraio 2014, n. 755; Tar Puglia, Bari, sez. II, 4 dicembre 2013, n. 1611. Nella seconda direzione, per converso, appare degno di attenzione il dibattito circa il percorso ermeneutico in ordine alla c.d. teoria della indegradabilità dei diritti fondamentali: in proposito si vedano Cass. civ., ss. uu., 1 agosto 2006, n. 17461; Cass. civ., 30 marzo 2011, n. 7186; Cass., ss. uu., 15 febbraio 2011, n. 3670; Ad. pl., Cons. Stato, 22 ottobre 2017, n. 12; Cort. cost., 27 aprile 2007, n. 140; Cass. civ., ss. uu., 5 febbraio 2008, n. 2656; Cass. civ., ss. uu., 28 dicembre 2007, n. 27187; Cass. civ., ss. uu., 10 luglio 2006, n. 15614; Cass. civ, ss. uu., 25 novembre 2014, n. 25011.

Il presente contributo vorrebbe muovere da codesti spunti pretori operando una sistematizzazione conferente in punto di coerenza con il dato positivo e con le esigenze pratiche dal medesimo sottese.

Inoltre, circa il profilo sostanziale della ritenuta inefficacia del provvedimento nullo, andrebbero svolte talune considerazioni idonee al superamento di dogmi riverberantisi in problematiche pratiche.

Difatti, la predicata inidoneità a spiegare effetti giuridici da parte dell'atto amministrativo invalido *ex* art. 21-*septies* poggia sull'automatica applicazione del regime civilistico del contratto nullo. Tuttavia, codesta operazione ermeneutica non può essere ritenuta pacifica[91].

In primo luogo, lo stesso concetto di nullità stenta a configurarsi in termini strettamente tecnico-giuridici, potendosi più agevolmente discorrere, per l'appunto, di una *climax* rimediale, cosicché l'individuazione di un regime unitario si presenta come una via di non sicura percorribilità, sin dall'analisi confinata al settore civilistico[92].

In seconda battuta, non appare affatto scontata la trasposizione di un preteso statuto civilistico dell'asseritamente monolitica figura patologica all'interno dell'ordinamento amministrativo. Ci si potrebbe domandare perché si debba far riferimento al diritto civile piuttosto che ad altri rami dell'ordinamento, i quali potrebbero possedere argomenti non meno validi che militano in favore del render oggetto di analogia il loro regime di invalidità. Si pensi, per rimanere nel campo pubblicistico, al diritto processuale, ove la nullità ha peculiari caratteri, profondamente differenti dal sistema della patologia negoziale.

Ne deriva che andrebbe correttamente scartata la pedissequa trasfusione delle regole civilistiche nel diritto amministrativo, al fine di interrogarsi sul senso endosettoriale della nullità del provvedimento, onde trarne le conseguenze in punto di statuto giuridico.

Muovendo da tale prospettiva, va notato come non vi siano puntuali ed espresse previsioni positive con cui il legislatore ha inteso sgomberare il terreno dai dubbi

---

[91] Il tema della trasposizione di istituti di diritto privato in seno al diritto pubblico è ampiamente approfondito, ponendo problematiche di non agevole soluzione. *Ex multis* F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni «Trenta» all'«alternanza»*, cit.; G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; V. Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011; M. D'Alberti, *Diritto amministrativo e principi generali*, in *Le nuove mete del diritto amministrativo*, di M. D'Alberti, Bologna, 2010. In ordine al profilo specifico della nullità amministrativa, tra l'altro in una interessante prospettiva dialettica fra principi processualcivilistici e giudizio amministrativo, si veda A. Giordano, «Quod nullum est nullum producit *effectum* »*? Considerazioni sull'azione di nullità nel processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2013, 1145 ss.

[92] D. Ponte, *La nullità dell'atto amministrativo. Procedimento e processo.*, 2015; Cass. civ., sez. trib., 18 settembre 2015, n. 18448; Cass. civ., sez. V, 9 novembre 2015, n. 22810, in Giur. It, 2016, 941; con nota di M. Delsignore, *La cassazione e la valida sottoscrizione degli accertamenti tributari*; G. Morbidelli, *Della «triplice» forma di nullità dei provvedimenti amministrativi*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 2015, 659; A. Romano et al., *La nullità del provvedimento*, in *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 796 ss.; R. Sacco, *Nullità ed annullabilità*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. XII, Torino, 1995, 463 ss.; E. Battelli, V. Rossi, *L'invalidità del contratto preliminare avente ad oggetto beni immobili da costruire nel sistema delle nullità di protezione*, cit.

sull'eventuale efficacia dell'atto amministrativo nullo. La problematica, accantonando, per l'intanto, i profili processuali, va, dunque, risolta in via ermeneutica.

Ebbene, virando in tale direzione, l'*iter* esegetico che sembra doversi preferire fa leva sul rinvenimento dei tratti fondanti la distinzione fra nullità ed inesistenza, in considerazione dello spazio autonomo riconosciuto dal legislatore alla prima e del rilievo fenomenologico, storicamente riscontrato, della seconda[93]. Per discriminare le due figure si è sostenuto di far perno sul concetto di riferibilità-rilevanza[94], ritenendo questo predicato esclusivo della nullità, atteso che l'atto inesistente non può assumere rilievo sul piano giuridico a causa dell'impossibilità della creazione di un collegamento genetico con un soggetto autore dello stesso.

A corollario di siffatta impostazione si è sottolineato, ancorché con plurime ricostruzioni teoriche, come la possibilità di riferire già socialmente un atto ad un soggetto, con la conseguenza di determinare l'iniziativa ad opera dell'ordinamento giuridico, al fine di approntare una disciplina del fenomeno empiricamente rilevato, comporta una spiccata probabilità che si addivenga ad una esecuzione fattuale dell'assetto di interessi oggetto dell'atto medesimo. Si profila, dunque, una endemica tensione fra la realtà da ultimo ricordata ed il dogma della inefficacia dell'atto viziato da nullità, risolta dai teorici della rilevanza giuridica con il riconoscimento della possibilità o perfino naturalità della produzione di effetti, a dispetto della radicale invalidità. Ciò nondimeno, si registra una consistente tendenza nello sminuire tale efficacia, dequalificandola con il ricorso a formule con cui negarne la giuridicità, onde non infrangere il dogma su richiamato[95].

---

[93] Circa l'inesistenza del provvedimento amministrativo si rinvia a R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 380 ss.; A. Bartolini, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, cit., 129 ss., il quale rileva che «il fatto inesistente è connotato dalla mancata produzione di un risultato, la fattispecie nulla è, invece, caratterizzata dalla produzione di un risultato negativo: cioè l'atto nullo è una fattispecie produttiva di effetti pratici che non sono oggetto di un giudizio di disvalore (negativo) da parte dell'ordinamento. Il risultato, assumendo un valore negativo, non può essere considerato valido, quindi, non può assumere la forza dell'effetto giuridico»; F.G. Scoca, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale sulla fisionomia e sulla fisiologia della giustizia amministrativa*, in *Riv. Dir. Proc. Amm.*, 2012, 371 ss.; sull'inesistenza nel diritto contrattuale si veda M.C. Diener, G. Capozzi, *Il contratto in generale*, cit., 767 ss.

[94] Sul concetto tecnico-giuridico di riferibilità-rilevanza di un atto si vedano M. Trimarchi, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, cit., 81 ss.; D. Ponte, *La nullità dell'atto amministrativo. Procedimento e processo.*, cit.; M. Delsignore, *L'ordinaria rilevanza dell'atto nullo*, in *Riv. Dir. Amm.*, 2015, 851. A. De Siano, *Gli elementi essenziali dell'atto amministrativo*, cit., 159 e 250.

[95] Per una esaustiva ricostruzione delle plurime qualificazioni degli effetti dell'atto nullo, volte a lumeggiare l'essenza di *minus* dei medesimi, si veda M. Trimarchi, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, cit.; M. D'Orsogna, *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, cit., 14 ss., 25; A. Bartolini, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, cit., 90 ss.; F. Luciani, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo. Rilevanza ed efficacia*, cit., 45, 124 ss.; F. Luciani, *L'invalidità e le altre anomalie dell'atto amministrativo: inquadramento teorico*, in *L'invalidità amministrativa*, a cura di V. Cerulli Irelli, e L. Di Lucia, Torino, 2009, 7-10; A. Carbone, *La nullità e l'azione di accertamento nel processo amministrativo*, in *Riv. Dir. Amm.*, 2009, 828 ss.

Pur tuttavia, acuta dottrina ha squarciato il velo meramente nominalistico che attanaglia la problematica, mettendo in evidenza come l'effetto non giuridico, di volta in volta denominato pratico, indiretto, apparente, non si differenzi dall'effetto giuridico, considerando che ambedue possono essere oggetto di una decisione demolitoria retroattiva[96].

Ne deriverebbe che il provvedimento nullo potrebbe spiegare effetti squisitamente giuridici, rimovibili secondo la logica rimediale di cui partecipa anche l'annullabilità[97].

Una ricostruzione quale la presente si accorda perfettamente con un orientamento sostanzialistico[98] volto ad enucleare una graduazione statutaria dai *nomina iuris* delle figure patologiche. Per di più, l'indirizzo profilato coglie ulteriori aspetti del composito fondamento della scissione fra validità ed efficacia, affiancando al principio di funzionalità ordinamentale, che ne illustra la *ratio* con specifica focalizzazione sul diritto amministrativo, il principio, di più ampio respiro, del legittimo affidamento, in accordo con il quale si giuridicizza ciò che appare riconoscibile ai consociati, con l'attribuzione di portata effettuale agli atti in tal senso rilevanti[99].

Il passaggio successivo consta dell'individuazione dei casi di invalidità del provvedimento amministrativo in cui si possa riscontrare una riferibilità al soggetto amministratore pubblico, con conseguente rilevanza giuridica, per discriminare questi dal campo dell'inesistenza, ove la non riconoscibilità sociale impedisce un attenzionamento dell'ordinamento.

La conduzione di tale analisi consente, tra l'altro, di annoverare l'atto adottato in difetto assoluto di attribuzione alla categoria dell'inesistenza, nonché, al contrario, ai fini del presente studio, i provvedimenti carenti del peculiare elemento strutturale della funzione al *genus* della nullità, intesa come qualificazione negativa da parte dell'ordinamento, acché sia possibile rimuovere gli effetti giuridici prodotti con appositi rimedi.

Lo statuto giuridico sostanziale della nullità di cui all'art. 21-*septies* andrebbe, così, scisso, in accordo al discrimine della riferibilità-rilevanza giuridica, per discernere tra una nullità-demolizione, non ostativa alla spiegazione di efficacia,

---

[96] M. Trimarchi, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, cit., 253 ss.

[97] S. Rose-Ackerman, P.L. Lindseth, *Comparative Administrative Law*, cit., 420 ss.

[98] S. Cognetti, *Profili sostanziali della legalità amministrativa: indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993; N. Bobbio, *Sul formalismo giuridico*, in *Riv. Dir. Proc. Pen.*, 1958, 998; A. Tanzi, *L'antiformalismo giuridico: un percorso antologico*, Milano, 1999; *Formalismo giuridico*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1998; *Formalismo*, in *Novissimo digesto Italiano*, Torino, 1987; *Realismo giuridico*, in *Novissimo digesto Italiano*, Torino, 1987.

[99] Si pensi, semplificando, al diritto vivente in materia di società e rappresentanza apparenti, seppur con taluni profili discretivi; nonché, nel campo amministrativo, *inter alia*, al regime degli atti favorevoli del funzionario di fatto.

ed una nullità-preclusione, impeditiva della produzione di effetti ed assimilabile all'inesistenza[100].

Se si ammette la fondatezza della sintetica ricostruzione proposta, l'obiezione della assenza di continuità nell'azione amministrativa, cagionata dalla inefficacia del provvedimento nullo, non può che svanire, giacché anche l'atto carente sul piano funzionale consente di curare tempestivamente l'interesse pubblico, senza interruzioni nocive, con l'inevitabile eccezione dei predetti casi di nullità assimilabile all'inesistenza[101].

4.2. *Il superamento delle obiezioni sul piano processuale*

La seconda osservazione va oltre la delicata *actio finium regundorum* di diritto sostanziale, collocandosi sul terreno processuale e basandosi su una razionale ricostruzione del dato positivo mediante la quale sciogliere taluni nodi sorti in relazione al peculiare regime rituale della nullità.

L'estensione del perimetro della nullità strutturale per carenza funzionale, difatti, come preannunciato, si espone alle critiche di coloro i quali, correttamente, pongono l'accento sull'indesiderabile risvolto in termini di instabilità del provvedimento che si produrrebbe, non solamente a causa dell'allungamento del termine di decadenza, quanto soprattutto in ragione dell'imprescrittibilità della relativa eccezione e della rilevabilità d'ufficio[102].

---

[100] M. Trimarchi, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, cit. 282 ss.; A. De Siano, *Gli elementi essenziali dell'atto amministrativo*, cit., 273.

[101] In definitiva, l'indirizzo che parla di nullità-demolizione contribuisce alla costruzione di un *continuum* anche in relazione alle tecniche decisorie giudiziali, che inverano la graduazione statutaria dei rimedi alla patologia amministrativa. Difatti, per discriminare l'annullabilità e la specie di nullità in esame anche sotto l'aspetto dell'efficacia della pronuncia caducatoria, ben si potrebbe valorizzare lo strumento della modulazione degli effetti della sentenza, già sperimentato dalla giurisprudenza eurounitaria: stante la minore gravità del vizio che affligge l'atto sussumibile al di sotto dell'art. 21-*octies*, si dovrebbe consentire al giudice amministrativo di individuare il *dies a quo* della demolizione, eventualmente facendo salvo l'assetto divisato dal provvedimento sino ad un determinato termine. L'estremo potere-dovere giurisdizionale, nella direzione della fermezza dell'atto viziato, verrebbe così a configurarsi alla stregua di una pronuncia di accertamento dell'illegittimità con conseguente effetto conformativo della riedizione della potestà amministrativa, senza alcuna caducazione. Ciò dovrebbe avvenire quando l'annullamento si dimostra più lesivo dei valori menomati dal vizio di quanto non lo sia l'atto viziato medesimo, poiché l'amministrazione ha comunque curato, pur se in modo insoddisfacente, l'interesse pubblico specifico. Sul tema, *ex multis*, si rinvia a N. L. Femina, *Il giudice amministrativo e l'annullamento del provvedimento. Dalla tutela retroattiva al bilanciamento degli interessi*, Milano, 2018. In giurisprudenza si veda Cons. Stato, sez. I, 30 giugno 2020, n. 1233. Al contrario, di fronte alla nullità-demolizione, attesa la gravità del vizio, si dovrebbe escludere la possibilità di una modulazione degli effetti della sentenza, la quale, dunque, dovrebbe sempre operare *ex tunc*.

[102] F.G. Scoca et al., *Giustizia amministrativa*, cit., 208 ss.; F. Vetrò, *L'azione di nullità dinanzi al giudice amministrativo*, Napoli, 2012; N. Paolantonio, *Nullità dell'atto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. I, Milano, 2008, 871; A. Romano Tassone, *L'azione di nullità ed il giudice amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2007, 7, par. 7, 8, 7 ss.; E. Follieri, *Il privato parte resistente nel processo amministrativo nelle materie*

L'anodino statuto processuale della nullità ha suscitato, proprio per l'apparente sincretismo, notevole dibattito dottrinario, al fine di comprenderne la *ratio* e di armonizzarne la disciplina, evitando, peraltro, paventate disparità di trattamento davanti all'organo giudicante, allorquando la supremazia dell'amministrazione dovrebbe recedere a favore della parità fra le parti in lite[103].

A ben vedere, tuttavia, seguendo l'itinerario disegnato poc'anzi sul piano sostanziale, volto a distinguere fra nullità-demolizione e nullità-preclusione, il temuto ed inestricabile sincretismo potrebbe tradire la sua natura meramente apparente. In effetti, l'art. 31 del codice di rito amministrativo è norma che non attribuisce la giurisdizione, ma la presuppone, essendo necessario rispondere preliminarmente al quesito circa il riparto fra potestà del giudice ordinario e del giudice amministrativo, e, solo in un secondo momento, indagare sul regime da applicarsi ai giudizi instaurati nelle differenti sedi[104.] Così opinando, risulterebbe possibile inquadrare, da una parte, la nullità-preclusione, evocante la categoria giuridica dell'inesistenza, nel fenomeno della carenza di potere, riconoscendo, di risulta, la consistenza di diritto soggettivo alle posizioni giuridiche che si presentano in tali fattispecie, mentre, dall'altra parte, la nullità-demolizione nel campo del cattivo esercizio del potere, in relazione al quale si stagliano interessi legittimi[105].

Pertanto, nel primo caso, sussistendo la giurisdizione del giudice ordinario, dovrà farsi applicazione del regime civilistico dell'azione di nullità, notoriamente caratterizzato dall'imprescrittibilità della domanda e dalla rilevabilità d'ufficio, quali naturali precipitati logici della gravità del vizio che, nel caso qui significativo, consta della deficienza di riferibilità del provvedimento all'autorità, con conseguente irrilevanza giuridica determinante l'inefficacia dell'atto, da accertare con pronuncia dichiarativa[106].

Nella seconda ipotesi, invece, trattandosi di giurisdizione amministrativa, dovrà farsi applicazione delle disposizioni del codice del processo del 2010, il quale, coerentemente con la riferibilità e rilevanza giuridica del provvedimento carente sotto il profilo funzionale, contempla un termine decadenziale entro il quale impugnare, a fini demolitori, l'atto interinalmente efficace.

---

di cui agli art. 33 e 34 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, in *Riv. Dir. Proc. Amm.*, 1999, 634 ss.; F. Fracchia, M. Occhiena, *Commento all'art. 31*, in *Codice del processo del processo amministrativo*, a cura di R. Garofoli, e G. Ferrari, Roma, 2010, 530.

[103] R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 542.

[104] Sul riparto di giurisdizione in materia di nullità si vedano F.G. Scoca et al., *Giustizia amministrativa*, cit., 71 ss.; R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 383 ss.; R. Chieppa, *Il nuovo regime dell'invalidità del provvedimento amministrativo*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2010, spec. 933 ss.; P. Carpentieri, *Nullità e teorie dell'atto amministrativo*, in *www.giustiziaamministrativa.it*; L. D'Angelo, *Nullità provvedimentali e determinazione della giurisdizione: verifica del potere autoritativo in astratto o in concreto*?, in *www.lexitalia.it*.

[105] M. Trimarchi, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, cit., 282 ss.

[106] Si tratta di applicazione del principio di rilevanza-riferibilità: cfr. *ibidem*, 109 ss.

L'ulteriore aspetto asseritamente problematico, concernente e la perpetuità dell'eccezione e la rilevabilità d'ufficio, va coordinato con la dicotomia, nell'alveo della figura formalmente unitaria dell'art. 21-*septies*, in disamina. Difatti, potrebbe ritenersi che il legislatore si sia preoccupato di apprestare gli strumenti rituali con cui addivenire all'accertamento della nullità-preclusione all'interno del giudizio amministrativo, per l'eventualità che la controversia incardinata innanzi al giudice speciale secondo le ordinarie regole di riparto investa, nel proprio *thema decidendum*, anche tale questione che, qualora sia nodo principale di lite, dovrebbe *naturaliter* esser oggetto di cognizione ad opera del giudice civile[107].

Ciò posto, si può concludere per il superamento anche dell'obiezione dell'instabilità indefinita del provvedimento nullo per vizio strutturale-funzionale, atteso che dopo centottanta giorni l'atto diviene inoppugnabile, in guisa omogenea alla tendenziale regola enucleabile dal sistema dell'invalidità amministrativa.

[107] Con opinioni anche divergenti, *ex multis*, A. Romano Tassone, *Tra diversità e devianza. Appunti sul concetto di invalidità*, in *Studi in onore di V. Ottaviano*, vol. II, Milano, 1993, 1117; G. Corso, *Validità (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLVI, Milano, 1993; F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. Dir. Pubbl.*, 1952, 122; R. Cavallo Perin, *Validità del provvedimento e dell'atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XV, Torino, 1999, 616; F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, cit.; B. Cavallo, *Provvedimenti e atti amministrativi.*, III, cit.; V. C. Irelli, *Principi del diritto amministrativo*, cit.; R. Chieppa, *Il codice del processo amministrativo*, Milano, 2010; R. Chieppa, R. Giovagnoli, *Diritto amministrativo. Manuale breve*, Milano, 2009.

Dino Tarquini - Abstract

Regola ed eccezione nella patologia del provvedimento amministrativo: la dialettica tra funzione e rapporto

Il contributo esamina il tema della patologia del provvedimento amministrativo, anche in raffronto al diritto privato, per sottolineare come, al di là dei *nomina iuris* formali, la logica rimediale dell'invalidità si estrinsechi in una combinazione graduata di istituti, in relazione agli interessi sostanziali oggetto di tutela. Si cerca di mostrare, pertanto, come il principale fondamento della tendenziale debolezza dei rimedi a fronte del provvedimento invalido si rinvenga nel principio di funzionalità ordinamentale, per il quale l'amministrazione è deputata, in primo luogo, alla concretizzazione degli interessi fondamentali, costituendo tale missione la legittimazione stessa del potere. Nondimeno, onde razionalizzare il sistema dell'invalidità, si propone una esegesi della nullità strutturale che, valorizzando quale elemento essenziale del provvedimento la funzione, temperi la debolezza rimediale, in conformità ai principi di legalità-positiva teleologica e di legalità-negativa catecontica, rispettivamente a presidio della tipicità dei fini e delle situazioni giuridiche soggettive di rango costituzionale. In ultimo, si prospetta l'inquadramento della patologia strutturale-funzionale nell'ambito della nullità-demolizione, acché non siano eccessivamente conculcati il legittimo affidamento del cittadino sull'assetto divisato e le esigenze di continuità e stabilità dell'azione di cura in concreto dell'interesse pubblico. Il quadro dell'invalidità del provvedimento che ne deriva contempera le istanze democratiche e liberali dell'amministrazione in senso oggettivo.

Rule and exception in the invalidity of the administrative provision: the dialectic between function and relationship

This paper examines the issue of the invalidity of the administrative provision, also in comparison with private law, to demonstrate how, beyond the formal nomina iuris, the remedial logic of invalidity is expressed in a graduated combination of institutions, in relation to substantial interests object of protection. We try to show, therefore, how the principal foundation of the tendential weakness of the remedies in the face of the invalid provision is found in the principle of ordinamental functionality, for which the administration is delegated, first of all, to the concretization of the fundamental interests, constituting such mission the legitimation of power itself. Nonetheless, in order to rationalize the system of voidness, an exegesis of structural nullity is proposed which, valuing the function as an essential element of the provision, tones down the remedial weakness, in accordance with the principles of teleological-positive legality and catechonic-negative legality, respectively to safeguard the typicality of the aims and of the subjective juridical situations of constitutional rank. Lastly, the classification of the structural-functional pathology in the context of nullity-demolition is explained, so that the legitimate reliance of the citizen on the structure and the need for continuity and stability in the public interest. The framework of the voidness of the resulting provision reconciles the democratic and liberal demands of the administration in an objective sense.